

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
FACULTÉ DE DROIT
MAÎTRISE EN PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
PRD-708 – ESSAI

Expérience québécoise dans l'implantation des modes de PRD reliés à
l'exécution des travaux de construction

Avril 2008

Nom de l'étudiant : Serge Pisapia
Matricule : 2285832

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
FACULTÉ DE DROIT
MAÎTRISE EN PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
PRD-708 – ESSAI

**Expérience québécoise dans l'implantation des modes de PRD reliés à
l'exécution des travaux de construction**

Avril 2008

Nom de l'étudiant : Serge Pisapia
Matricule : 2285832

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	4
<i>Incidence des conflits de construction</i>	<i>4</i>
<i>Impact des différends.....</i>	<i>5</i>
<i>Nécessité d'un système efficient de gestion des différends.....</i>	<i>5</i>
<i>Continuum des modes de PRD spécifiquement adaptés à l'industrie de la construction.....</i>	<i>6</i>
<i>Processus de résolution privilégiés au Québec</i>	<i>6</i>
<i>Mécanismes de règlement des différends relatifs aux travaux de construction prévus par le législateur québécois.....</i>	<i>7</i>
<i>Clauses de règlement des différends prévues dans les contrats-type de construction au Québec.....</i>	<i>7</i>
<i>Déclarations publiques des acteurs québécois au sujet de l'opportunité des PRD pour régler les différends de construction.....</i>	<i>8</i>
Les professionnels et les entrepreneurs :	8
Le Gouvernement du Québec :	8
Le Barreau du Québec :	9
<i>Politique du Gouvernement fédéral en matière de règlement des conflits de construction</i>	<i>9</i>
<i>Pratique établie des PRD en construction ailleurs au Canada, aux États-Unis et sur les projets internationaux.....</i>	<i>10</i>
Ailleurs au Canada.	10
États-Unis :	11
International :	11
<i>Pratique éparse des PRD dans l'industrie de la construction au Québec.....</i>	<i>11</i>
PROBLÉMATIQUE.....	12
QUESTION GÉNÉRALE DE RECHERCHE	12
CADRE CONCEPTUEL.....	12
QUESTIONS SPÉCIFIQUES DE RECHERCHE.....	15
MÉTHODOLOGIE	15
OBSERVATIONS.....	16
1. Déficiences systémiques de l'industrie de la construction du Québec.	16
2. Les causes à l'origine des différends reliés aux travaux de construction.	21
3. Les modes actuels de règlement des différends de construction au Québec.....	24
a) <i>Le Professionnel du projet.....</i>	<i>25</i>
b) <i>L'arbitrage.....</i>	<i>26</i>
c) <i>Le procès.....</i>	<i>27</i>

4. Besoins des acteurs de la construction en matière de règlement des différends.	29
a) <i>Collaboration accrue au sein de l'équipe de projet.</i>	29
b) <i>Investir suffisamment dans la prévention.</i>	31
c) <i>Le traitement des différends « en temps réel ».</i>	32
d) <i>L'intervention de tiers neutres.</i>	34
e) <i>Le rôle souhaité des tiers.</i>	36
f) <i>Mécanismes de règlement souples et efficaces</i>	37
5. Mécanismes de prévention et de règlement des différends (PRD) spécifiquement adaptés à l'industrie de la construction.	38
a) <i>Le partenariat (« partnering »).</i>	39
b) <i>La médiation.</i>	40
c) <i>L'évaluation neutre ou impartiale.</i>	43
d) Conclusion.	45
6. Relevé des causes, perçues par les acteurs québécois de l'industrie de la construction, expliquant le retard et/ou la résistance à l'implantation des modes de PRD au Québec.	46
a) <i>Causes structurelles liées à l'industrie de la construction.</i>	46
b) <i>Manque de leadership du gouvernement québécois</i>	47
c) Manque de formation en PRD.	48
d) <i>L'imputabilité des frais de litige</i>	50
e) <i>Manque de confiance</i>	50
f) <i>Facteurs culturels</i>	51
g) <i>Manque de collaboration</i>	51
h) <i>Cadre contractuel</i>	52
i) <i>Les conférences de règlement à l'amiable (CRA).</i>	52
j) <i>Causes propres aux donneurs d'ouvrage.</i>	53
i. <i>Préférence pour les processus internes de gestion de conflits.</i>	54
ii. <i>Résistance au changement</i>	54
iii. <i>Transparence dans la gestion des fonds publics</i>	55
iv. <i>Préoccupation pour l'impact social des conflits</i>	55
v. <i>Budget de contingences inadéquat</i>	56
h) <i>Causes liées aux professionnels du projet (architectes/ingénieurs).</i>	58
i) <i>Causes attribuables aux entrepreneurs.</i>	59
j) <i>Causes relevant des avocats et conseillers juridiques.</i>	60
k) <i>Rôle des assureurs et cautions.</i>	62
CONCLUSION	63
BIBLIOGRAPHIE	66

INTRODUCTION

Au cours de mon expérience de vingt six ans, d'abord comme avocat gestionnaire d'une entreprise de construction active dans la réalisation de multiples travaux publics, puis comme expert-conseil en prévention et résolution de conflits de construction, j'ai appris que les conflits font partie intégrante de tout projet de construction et que leur saine gestion est un facteur critique à la réussite d'un projet.

C'est donc comme juriste ayant une expérience de gestion de projets de construction que je suis intéressé par le traitement des conflits comme composante inévitable de la réalisation de projets.

C'est d'ailleurs ce même intérêt qui m'a amené à diriger un comité de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) dont la mission est de promouvoir, avec l'appui des ordres et associations des professionnels et entrepreneurs de la construction, les modes de prévention et règlement non judiciaires des différends auprès des grands donneurs d'ouvrage québécois.

Incidence des conflits de construction

Les conflits de construction résultent, pour la plupart, de changements et de conditions d'exécution différentes de celles prévues dans les documents d'appel d'offres originaux.

Il n'existe pas deux projets de construction identiques. Les plans, devis, conditions du site, méthodes de construction, les disciplines impliquées et les objectifs des parties impliquées diffèrent tous grandement d'un projet à l'autre.

Les projets d'aujourd'hui sont plus complexes qu'auparavant, la technologie plus évoluée et les corps de métiers qui y œuvrent sont davantage spécialisés. Les ententes confirmées par une poignée de mains sont chose du passé. Elles ont été remplacées par un ensemble complexe de documents qui gouvernent les différends entre les parties et qui, plus souvent qu'autrement, cherchent à dicter des solutions aux différends en imposant des obligations unilatérales.

Voici comment un juge américain caractérisait un projet de construction:

« ...except in the middle of a battlefield, nowhere must men coordinate the movement of other men and all materials in the midst of such chaos and with such limited certainty of present facts and future occurrences as in a huge construction project...Even the most painstaking planning frequently turns out to be mere conjecture and accommodation to changes must necessarily be of the rough, quick and ad hoc sort, analogous to ever-changing commands on the battlefield. » Blake v Coakley, 431 A2d569, 575 (D.C.1981).

Les conflits auxquels s'intéresse la présente étude sont principalement des différends purement contractuels qui affectent les multiples intervenants d'un chantier (entrepreneurs, sous-entrepreneurs, fournisseurs, professionnels, donneur d'ouvrage) et qui mettent en jeu des sommes d'argent substantielles.

La grande majorité de ces différends se règlent, en cours de réalisation de projet, par la négociation directe entre les entrepreneurs et les professionnels (architectes et ingénieurs) mandatés par les donneurs d'ouvrage pour faire le design et surveiller les travaux.

Une caractéristique fondamentale d'un contrat de construction est celle de prévoir un mécanisme de traitement des changements qui surviennent en cours d'exécution. De même, ces contrats prévoient généralement l'obligation pour l'entrepreneur de poursuivre ses travaux même s'il n'y a pas d'entente sur les changements

Pour les fins de la présente étude, nous qualifierons de différend tout conflit qui n'aura pas pu être réglé par la négociation directe entre les parties concernées.

Impact des différends

Le succès d'un projet de construction dépend de la qualité technique de son concept et de sa réalisation ainsi que du respect de son budget et de son échéancier originaux.

Hormis la compétence de tous ses intervenants, ce sont principalement leur volonté et leur capacité de collaboration qui détermineront la réussite d'un projet.

Vu les conditions mentionnées ci-dessus, c'est dans la façon de régler les différends inévitables au projet que telle collaboration sera le plus sollicitée. Un projet où les changements et les différends ne sont pas traités de manière équitable et efficiente risque de voir sa qualité compromise de même que son budget et son échéancier dépassés.

Voici comment se lit l'Introduction des *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction* émises par le Comité canadien des documents de construction (CCDC). Il s'agit d'un comité mixte composé de représentants de l'Association canadienne de la construction, l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, du Comité des conseils d'architecture du Canada, du Conseil canadien des ingénieurs et de Devis de Construction Canada :

« Les différends, dans l'industrie de la construction, sont monnaie courante. La multiplicité des parties en cause et la complexité technique des grands projets rendent presque inévitable l'apparition de désaccords. Le coût de la résolution des différends importants est un lourd fardeau, même pour les grandes entreprises. Les retards apportés au règlement des différends causent de sérieux problèmes de trésorerie aux entreprises de moindre envergure et aux sous-traitants. L'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation peut affecter sérieusement la qualité des relations d'affaires, parfois de façon permanente. Si on ajoute ces facteurs au problème d'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des maîtres d'ouvrage, des entrepreneurs et des professionnels à l'égard des avocats, des juges et des tribunaux, et il est facile de comprendre pourquoi les divers acteurs de l'industrie de la construction recherchent activement des façons plus efficaces de gérer les conflits de construction. »

Nécessité d'un système efficient de gestion des différends

Plusieurs années peuvent s'écouler entre le moment où un donneur d'ouvrage commence à élaborer son projet de construction et celui où il en prend possession et l'opère normalement.

Dès la phase de conception préliminaire, il doit faire appel aux services d'une panoplie de professionnels et, plus le projet se concrétisera, plus les intervenants se multiplieront. Plusieurs de ces intervenants ont déjà travaillé ensemble sur des projets antérieurs et seront possiblement appelés à le faire de nouveau sur des projets futurs.

Somme toute, le marché des grands travaux de construction au Québec est relativement restreint et il est occupé en majorité par des PME locales.

Par conséquent, leur réussite commerciale dépend en grande partie des bonnes relations qu'elles pourront préserver entre elles et ce, malgré le contexte extrêmement compétitif dans lequel elles doivent opérer, comme par exemple, la règle du plus bas soumissionnaire applicable dans le secteur des travaux publics.

Il est donc facile de comprendre l'intérêt que peuvent avoir tous les participants à un projet de construction dans l'implantation d'un système efficient de gestion des différends.

Dans un projet de construction, où les travaux faisant l'objet de différends acquièrent très rapidement des valeurs monétaires importantes, il est primordial, pour qu'un tel système soit efficient, qu'il mette l'emphasis sur la prévention puis sur le règlement « en temps réel » des différends pendant les travaux.

De même, vu les délais et les coûts exorbitants généralement associés au règlement d'un litige de construction, un système efficient exige des processus de résolution souples et conviviaux qui favorisent un échange direct et ouvert de l'information factuelle et technique entre les parties concernées.

Continuum des modes de PRD spécifiquement adaptés à l'industrie de la construction

Afin de répondre le mieux possible aux besoins spécifiques de l'industrie de la construction tels que mentionnés plus haut, une panoplie de moyens ont été développés par les acteurs du milieu et constituent un véritable *continuum* entre d'une part la prévention et ultimement la décision par un tiers, en passant par la négociation, la médiation et l'évaluation neutre.

Ces processus ont été développés aux États-Unis, depuis plus de vingt ans, où l'*American Arbitration Association* (AAA) en fait la promotion, en collaboration avec plus de 25 associations de la construction qui constituent le *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC).

Qu'il suffise de lire le guide publié par l'AAA et intitulé *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*¹ pour constater la variété et la richesse des différents modes de prévention, gestion et résolution des différends spécifiquement adaptés aux besoins de cette industrie. L'ouvrage de Fenn, O'Shea et Davies intitulé *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction*², *An international review* illustre bien, quant à lui, l'application de ces moyens à l'échelle internationale.

Processus de résolution privilégiés au Québec

Bien que ces modes soient en évolution depuis plus de vingt ans, chez nos voisins du sud et ailleurs dans le monde, et qu'ils résultent du consensus développé par tous les intervenants de l'industrie dans ces pays, le seul mode non judiciaire de règlement des

¹ *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004, (www.adr.org)

² *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction- an International Review*, Peter Fenn, Michael O'Shea and Edwards Davies, E&FN Spon, 1998

différends relatifs aux travaux de construction, ayant connu une certaine popularité au Québec, est l'arbitrage.

Les quelques expériences de partenariat et de médiation vécues au Québec, dans ce domaine, en sont encore au stade expérimental et ne sont pas encore reconnues comme des processus établis.

Mécanismes de règlement des différends relatifs aux travaux de construction prévus par le législateur québécois

Malgré le nombre impressionnant de lois, règlements, codes et normes régulant tous les aspects de la construction au Québec, seuls le Code de procédure civile et la *Loi sur l'administration publique* et plus particulièrement le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* prévoient, actuellement, un mode non judiciaire de règlement des différends contractuels de construction, soit l'arbitrage.

En effet, c'est dans la section 5 dudit Règlement que l'on retrouve la prescription du gouvernement quant aux modes de règlement des différends permis eu égard aux contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics. L'article 27 du Règlement stipule que « tout différend qui se produit à la suite ou à l'occasion d'un contrat peut être tranché au moyen d'un recours judiciaire ou par voie d'arbitrage ».

C'est surtout dans les domaines traditionnels de conflits de relations interpersonnelles tels le droit familial et les relations de travail que le législateur québécois s'est, pour l'instant, concentré à prévoir des recours tels que la médiation.

Il faut cependant souligner que le législateur québécois étudie présentement un projet de règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics qui prévoirait l'inclusion de clauses de règlement non judiciaires des différends autres que l'arbitrage dans ces contrats. Ce projet de règlement s'inscrit dans les délibérations résultant de l'adoption de la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics*³ et de la *Loi favorisant la gestion rigoureuse des infrastructures publiques et des grands projets*⁴, lesquelles viendraient modifier la *Loi sur l'administration publique* susmentionnée.

Clauses de règlement des différends prévues dans les contrats-type de construction au Québec

Vu la contrainte imposée par la *Loi sur l'administration publique* susmentionnée, tous les contrats de construction des ouvrages publics québécois prévoient, pour le moment, le recours judiciaire ou l'arbitrage pour régler tout différend qui en découle.

Aucun donneur d'ouvrage public n'utilise le contrat-type de construction élaboré par le Comité canadien des documents de construction (CCDC) mentionné plus haut, soit le contrat CCDC 2-1994.

Ce contrat prévoit que tout différend qui n'aura pas été réglé par la négociation directe avec le professionnel du projet sera d'abord soumis à un processus de médiation dirigé par un

³ Projet de loi no. 17 (2006, chapitre 29) sanctionné le 15 juin 2006

⁴ projet de loi no.32, 2007

médiateur de projet et, qu'advenant l'échec de la médiation, les parties auront le choix de le soumettre à l'arbitrage ou au processus judiciaire.

Quant aux donneurs d'ouvrage privés qui utilisent cette formule de contrat, ils la modifieraient souvent pour exclure la référence au processus de médiation.

Déclarations publiques des acteurs québécois au sujet de l'opportunité des PRD pour régler les différends de construction

Les professionnels et les entrepreneurs :

À l'instar du *National Construction Dispute Resolution Committee* (NCDRC) et du Comité canadien des documents de construction (CCDC) mentionnés plus haut, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) présenta, en janvier 2004, un Mémoire au Gouvernement du Québec lui recommandant d'inclure une clause de recours à la médiation dans ses contrats de construction.

Ce Mémoire était endossé par l'Ordre des architectes du Québec, l'Ordre des ingénieurs du Québec, l'Association des architectes en pratique privée du Québec, l'Association des ingénieurs-conseils du Québec, l'Association de la construction du Québec, l'Association des constructeurs de routes et grands travaux du Québec et le Conseil du patronat du Québec.

En septembre 2005, prenant acte des besoins exprimés par les donneurs d'ouvrage ainsi que des tendances et des développements des modes de règlement des différends spécialement adaptés à l'industrie de la construction, ailleurs au Canada, aux États-Unis et dans le monde, le Comité Construction de l'IMAQ proposa d'élargir, au-delà de la seule médiation, l'éventail des modes de résolution souhaitables.

Il obtint l'appui renouvelé du groupe de ses membres partenaires originaux, auquel se sont rajoutés l'Association canadienne de caution, la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec et un représentant d'un assureur responsabilité professionnelle important.

Le Gouvernement du Québec :

Voici comment s'adressait, en 2002, le ministre québécois de la Justice d'alors, monsieur Paul Bégin, dans une lettre adressée au président de l'IMAQ :

« Il me fait plaisir, comme ministre de la Justice et Procureur général, de m'associer à la « Campagne Pro médiation 2002 » qui vise à promouvoir la médiation civile et commerciale et l'utilisation d'une clause de médiation dans les contrats civils et commerciaux.

Je soutiens d'emblée le but visé par votre campagne puisque je vois, dans la médiation, un moyen privilégié de prévenir et même d'éviter le recours aux tribunaux lorsqu'un conflit se dessine entre les parties.

Mon appui à la médiation se veut entier et j'invite tous les partenaires sollicités à promouvoir et à utiliser la clause de médiation proposée ou toute autre clause au même effet ».

Depuis le 1^{er} janvier 2003, le Ministère de la justice du Québec publie un dépliant qui s'intitule « *Une bonne façon de s'entendre – La médiation civile et commerciale* » et dans lequel, après avoir énuméré les avantages de la médiation, il préconise l'inclusion d'une clause de médiation dans les contrats.

La promotion du règlement à l'amiable des différends entre l'État et les citoyens figurait parmi les objectifs que se fixait ce même Ministère dans son Rapport annuel de gestion 2002-2003 de la façon suivante : « Promouvoir et accroître le recours à des modes amiables de règlement des différends auprès du personnel chargé de représenter le gouvernement devant les tribunaux. » (Objectif 3,31)

Le Barreau du Québec :

En mai 2003, le bâtonnier du Québec, Me Pierre Gagnon, s'exprimait ainsi dans son discours inaugural, relativement à la médiation civile et commerciale⁵ :

« C'est une autre voie d'avenir qui en est encore à ses débuts...Pourtant, plus de 600 avocates et avocats sont formés à cette discipline et dûment accrédités. Non, la médiation n'est pas une mode passagère, elle est là pour rester, pour se développer, il faut en favoriser l'usage le plus large possible et en prendre le leadership. Je déposerai devant le Conseil général un plan d'action, incluant plusieurs volets, touchant la publicité, les services de références, incluant des partenariats avec d'autres ordres professionnels et favorisant le recours à la médiation par les avocats. »

Lors de son Conseil général de mars 2006, le Barreau du Québec a adopté cinq importantes résolutions en matière de justice participative ayant pour objet principalement la création d'une table de concertation judiciaire avec la Magistrature et le Ministère de la Justice et d'une autre table de concertation de formation avec les facultés de droit, l'école du Barreau et le Service de formation continue, afin de donner suite à la mise en œuvre de son plan de développement sur la justice participative.

Tel que mentionné dans le discours inaugural du bâtonnier Gagnon, le Barreau dispense, à chaque année, depuis plusieurs années, une formation de cinq jours à l'issue de laquelle il accrédite des médiateurs en matières civiles et commerciales.

Le Barreau du Québec publie lui aussi, depuis mai 2004, un dépliant promouvant la médiation civile et commerciale intitulé « *Pour éviter les confrontations coûteuses* ».

Politique du Gouvernement fédéral en matière de règlement des conflits de construction

Pour donner suite à la déclaration du ministre canadien de la Justice, il y a douze ans, à l'effet que son ministère avait l'intention de « jouer un rôle de leadership dans la promotion de mécanismes de règlement des conflits autres que le litige » et que « l'élaboration de mécanismes de règlement de conflits ne constitue pas seulement une option, c'est un élément essentiel », le Sous-ministre canadien de la Justice, monsieur George Thomson émettait, le 16 juin 1995, sa « *Directive relative à l'utilisation de clauses de règlement des conflits au sein des marchés de l'État* ».

⁵ <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/communiques/2003/20030531c.html>

Cette directive vise spécifiquement les marchés de l'État fédéral, tels que la fourniture d'un bien, l'exécution d'un service et la construction d'un ouvrage et demande que tous les employés impliqués dans la rédaction de contrat fassent tout en leur possible pour s'assurer d'inclure des clauses de règlement de conflits au sein des contrats auxquels le ministère ou organisme est une partie. Ces clauses peuvent permettre l'utilisation de divers mécanismes de règlement de conflits, allant de la négociation structurée à la médiation et à l'arbitrage.

Un Manuel relatif au règlement des conflits⁶ à l'intérieur duquel on retrouve de la documentation sur la rédaction de clauses contractuelles, des modules axés sur la pratique, des critères de sélection de mécanismes appropriés de règlement de conflits ainsi que d'autres documents de référence tels que des politiques et lignes directrices du Conseil du Trésor a été préparé à l'intention des fonctionnaires qui préparent les contrats.

En automne 2005, le Sous-ministre faisait le bilan de tous les développements survenus depuis l'émission de sa directive, dix ans plus tôt, en soulignant le support, par un avis politique du Conseil du Trésor, d'une directive touchant tous les marchés de l'État qui encourage l'insertion de clauses de règlement de conflits et dont le fonctionnement fait l'objet d'une surveillance et d'une évaluation.

Pratique établie des PRD en construction ailleurs au Canada, aux États-Unis et sur les projets internationaux

Ailleurs au Canada.

Suite à l'adoption, en janvier 1999, de la Règle 24.1 établissant le Programme de médiation obligatoire en Ontario, cette pratique semble maintenant bien établie pour régler même les conflits les plus complexes en construction.

Les grands bureaux d'avocats pancanadiens de Toronto, qui sont impliqués dans les conflits de construction majeurs, ont incorporé les différents modes de règlement spécifiques à cette industrie dans les services qu'ils offrent à leurs clients.

Plusieurs grands projets d'infrastructures publiques, tels le métro de Toronto, l'autoroute transcanadienne au Nouveau-Brunswick et le nouvel aéroport de Toronto ont implanté un système de gestion des différends composé de différents modes faisant appel à des tiers neutres.

En Alberta, les intervenants du domaine pétrolier se sont regroupés autour d'un groupe de résolution de conflits nommé C2C dont l'objectif est de régler leurs différends commerciaux hors cour.

En Colombie-Britannique, BC Hydro a implanté un conseil de règlement des différends pour tous ses projets.

Au moins une grande firme de construction pancanadienne a implanté, à l'interne, un processus de partenariat dans la réalisation de tous ses projets d'une valeur supérieure à dix millions de dollars.

⁶ *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, 29 novembre 2005 (www.justice.gc.ca)

États-Unis :

Le "*Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*" mentionné plus haut fait état d'un sondage réalisé par l'*American Arbitration Association* (AAA) auprès de plus de 150 professionnels et entrepreneurs de la construction relativement à l'usage de modes de PRD dans cette industrie.

Près de 90% des répondants ont affirmé avoir participé à une forme ou une autre de processus de PRD, ce qui indique clairement que ces modes sont largement utilisés dans l'industrie.

Le mode de PRD le plus fréquemment utilisé est l'arbitrage suivi par la médiation. Plus de 30% des répondants ont indiqué participer à des modes de prévention tels que le partenariat, les conseils de règlement des différends et autres processus de règlement « en temps réel », sur le chantier.

Quant à l'efficacité de ces modes, l'AAA réfère aux statistiques compilées par le *Dispute Resolution Board Foundation* sur le succès des conseils de règlement des différends (« dispute resolution boards » ou DRB). Ces DRB se composent de tiers neutres experts, nommés conjointement par les parties pour toute la durée du projet, lesquels sont appelés à faire une évaluation neutre et à soumettre une recommandation de règlement qui lie ou pas les parties.

Ces statistiques indiquent que jusqu'en 2007, de tels DRB ont été implantés sur approximativement 2000 projets de construction aux États-Unis, au Canada et ailleurs dans le monde, à un rythme de 200 projets par année, pour une valeur totale de 100 milliards de dollars américains et que 98.7% de ces projets ont été complétés sans qu'aucun différend n'ait du être tranché par un arbitrage ou un procès subséquent.

International :

Les contrats de construction de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) et de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), de même que ceux de la Banque mondiale, prévoient de tels DRB.

La médiation a obtenu une reconnaissance internationale comme méthode de résolution des conflits commerciaux par l'adoption, en 2002, d'une loi-type sur la conciliation commerciale internationale par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Dès lors, un comité intergouvernemental de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) examine en ce moment la loi-type afin d'élaborer une version canadienne qui pourrait être mise en œuvre tant à l'échelle internationale que nationale.

Pratique éparse des PRD dans l'industrie de la construction au Québec

Tel que mentionné plus haut, l'arbitrage est le seul mode de règlement non judiciaire des différends de construction autorisé par le législateur québécois et est celui le plus souvent utilisé par les donneurs d'ouvrage au Québec.

Considérant les nouvelles règles du Code de procédure civile eu égard au délai restreint de 180 jours à l'intérieur duquel un dossier de cour doit être inscrit pour audition et vu l'important travail généralement requis pour mettre un dossier de litige de construction en

état, certains avocats explorent la possibilité d'arriver à une entente en proposant une médiation, avant d'intenter les procédures.

Bien qu'il soit difficile d'obtenir des données précises sur l'utilisation de la médiation, les professionnels de la construction s'accordent à dire que cette pratique est encore très marginale.

Quant aux conférences de règlement amiable présidées par un juge, les statistiques publiées par les greffes indiquent que 755 affaires civiles en ont fait l'objet depuis 2003, sans qu'il soit possible toutefois de départager les litiges de construction.

Hormis l'expérience de partenariat vécue sur quelques projets, il y a une dizaine d'années, il n'existe, au Québec, aucun cas connu d'application des autres modes de prévention et de résolution, pendant les travaux, tels que l'évaluation neutre (dont les DRB susmentionnés).

PROBLÉMATIQUE

Il semble donc exister un écart entre, d'une part, la volonté déclarée par les différents acteurs québécois de l'opportunité de recourir à des modes non judiciaires de règlement des différends civils et commerciaux, et plus particulièrement ceux relatifs aux travaux de construction et, d'autre part, le caractère apparemment marginal de cette pratique au Québec, à l'exception toutefois de l'arbitrage.

QUESTION GÉNÉRALE DE RECHERCHE

Considérant l'absence de documentation sur l'implantation des modes de PRD dans l'industrie de la construction au Québec, la présente étude tente donc d'identifier les raisons pour lesquelles la volonté déclarée des différents acteurs impliqués du Québec ne semble pas se concrétiser dans l'action.

CADRE CONCEPTUEL

J'ai cherché à déterminer le rôle joué par les principaux acteurs québécois afin de vérifier leur influence sur la difficulté d'implantation de ces modes au Québec.

Cette recherche causale des acteurs m'a donc amené à identifier les acteurs clés liés à l'émergence de tels modes de PRD et à analyser le contexte pouvant expliquer la résistance rencontrée à leur implantation au Québec.

Tel qu'il ressort du contexte décrit plus haut, les acteurs principaux se résument en quatre groupes;

- Les donneurs d'ouvrage;
- les professionnels impliqués dans la conception et la surveillance des travaux (architectes et ingénieurs);
- les entrepreneurs, sous-traitants et fournisseurs responsables de l'exécution des travaux;
- les avocats et conseillers juridiques;
- les assureurs et cautions.

Il ressort de l'historique de l'émergence des modes de PRD dans l'industrie de la construction ailleurs au Canada et aux États-Unis que ce sont principalement les gouvernements qui en ont été les instigateurs. Les professionnels de la construction ont naturellement emboîté le pas et la communauté juridique n'a pas eu le choix que de répondre à la demande en adaptant ses services.

Or, il semble que malgré l'engouement des corps publics pour l'adoption de modes consensuels de résolution de conflits dans plusieurs domaines tels que les relations familiales et de travail, leur enthousiasme s'efface lorsqu'il s'agit de les implanter sur les ouvrages dont ils sont eux-mêmes les maîtres d'œuvre.

Un consensus semble se dégager chez les acteurs à l'effet que le débat contradictoire, fondé sur des règles de preuve rigides et complexes telles qu'utilisées devant les tribunaux judiciaires et d'arbitrage, ne convient plus à régler les différends de construction et qu'une autre façon beaucoup plus souple et efficiente doit être employée.

Cependant, le contexte de tels différends semble indiquer une tendance à favoriser la recherche d'une évaluation impartiale à l'issue du processus choisi, sans nécessairement qu'une telle évaluation lie les parties.

C'est ce que prévoient, par exemple, la politique du Conseil du trésor du gouvernement fédéral eu égard à la médiation des différends relatifs aux travaux de construction ainsi que les contrats-type du CCDC, de la FIDIC et de la CCI susmentionnés.

Pour la même raison, les « Dispute Resolution Boards », ces comités de résolution de différends constitués d'experts de la construction chargés d'émettre des opinions de règlement, au fur et à mesure que les différends se présentent en cours d'exécution des travaux, connaissent une popularité croissante (15% par an selon la DRFB) depuis les dix dernières années, aux États-Unis et sur les projets internationaux.

Il semble qu'au Québec seuls la médiation et l'arbitrage soient connus comme alternatives au processus judiciaire dans l'industrie de la construction bien que la connaissance du processus de médiation demeure encore largement très nébuleuse.

Or, l'arbitrage semble être perçu comme un processus trop rigide et dispendieux alors que la médiation, vu son absence de règles et de pouvoir décisionnel du tiers, insécurise les parties dans leur recherche d'une forme de finalité dans la résolution de leurs différends.

La littérature spécialisée fait état de toute une panoplie de modes de PRD développés spécifiquement pour l'industrie de la construction, à commencer par le partenariat en passant par les comités de règlement des différends, l'expertise, l'évaluation impartiale, la médiation et le mini-procès.

Le choix de ces modes varie selon qu'on le mette en œuvre avant, pendant ou après les travaux, qu'il permette ou non une opinion d'un tiers neutre, laquelle opinion peut ou ne pas être contraignante.

Les parties à un contrat de construction peuvent, à toutes fins pratiques, choisir le modèle qui convient le mieux aux impératifs de leur projet et même l'adapter en conséquence. Mais encore faut-il qu'elles soient minimalement informées et conscientes du potentiel de toutes ces options.

Par conséquent, il est possible que la résistance initiale à l'implantation des modes de PRD dans l'industrie de la construction au Québec puisse s'estomper par l'acquisition des connaissances des processus, spécialement développés pour cette industrie, lesquels tout en étant plus souples et efficaces que l'arbitrage, peuvent, au besoin, offrir aux parties la possibilité d'une plus grande assurance de finalité que la médiation purement facilitatrice.

Le cadre conceptuel de ma recherche s'articule donc autour du modèle de l'évaluation impartiale pouvant aussi être incorporé dans un processus de médiation ou de partenariat.

J'ai choisi de référer aux définitions de ces processus qu'en donne le Ministère de la Justice du Canada dans son *Manuel relatif au règlement des conflits* susmentionné (les soulignés sont du soussigné);

- **Médiation** : « La médiation est un processus de coopération par lequel les parties recherchent une solution avec l'aide d'un tiers impartial, le médiateur. Le rôle du médiateur varie d'une affaire à l'autre. Le médiateur peut simplement surveiller le processus de négociation, maintenir l'ordre des discussions et la civilité des parties. En revanche, le médiateur peut jouer un rôle très actif, proposer des solutions éventuelles, étudier les intérêts cachés des parties et faire des recommandations. Toutefois, il n'a pas le pouvoir de contraindre les parties à conclure une entente. La présence du médiateur aide à réduire toute inégalité dans le pouvoir de marchandage, et un médiateur qui connaît bien le sujet en cause peut faciliter le processus de règlement. »
- **Partenariat** (« partnering ») : « Le partenariat consiste à rassembler toutes les parties touchées au début d'une interaction pour qu'elles se rencontrent, discutent et planifient une activité. On met particulièrement l'accent sur la détermination de personnes ou parties clés qui auront pour tâche de régler les problèmes lorsque les conflits surgiront. Dans le cadre d'un partenariat, un facilitateur impartial aide les parties en cause. Le partenariat signifie aussi l'établissement d'une commission de règlement des conflits (Dispute Review Board), composée de personnes qui sont impliquées ou non dans l'activité et dirigée par un président impartial. La commission rend des décisions lorsqu'il y a un conflit entre les parties. Normalement, les décisions de la commission ne sont pas exécutoires, mais, à l'occasion, les parties peuvent prévoir qu'elles le seront. Le partenariat sert aussi à prévenir les conflits ou à les réduire au minimum et constitue une technique de règlement des différends qui est particulièrement importante dans le domaine de la gestion de projets. »
- **Évaluation impartiale** : « L'évaluation préliminaire impartiale permet aux parties et à leurs conseillers juridiques de présenter leur cause à une tierce partie impartiale qui possède l'expertise requise dans le domaine ayant donné lieu au conflit. La tierce partie évalue les forces et les faiblesses des positions des parties et leur fournit un avis qui ne les lie pas sur ce que serait le résultat du litige si un juge tranchait la question. Ce mécanisme offre aux parties une évaluation impartiale et non obligatoire du conflit qui les oppose et qui s'effectue, de préférence, le plus tôt possible après la naissance du conflit par un tiers dont la grande expertise apporte davantage de crédibilité au processus. Le but de l'évaluation préliminaire impartiale

est de régler le différend ou, à tout le moins, offrir aux parties un point de vue objectif sur leur position qui les aide à rendre leurs futures négociations plus productives et efficaces. L'évaluation impartiale est un mécanisme de règlement des conflits se trouvant à mi-chemin entre la médiation et la décision exécutoire qui peut être utilisé de façon indépendante ou être intégré à d'autres mécanismes de règlement des conflits comme la médiation. L'évaluation impartiale repose, pour l'essentiel, sur une séance d'évaluation d'un conflit informelle, confidentielle, impartiale et brève. Cette séance peut avoir lieu n'importe quand, mais elle se tiendra de préférence le plus possible au début du conflit. La séance d'évaluation se compose de quatre principales étapes, soit la présentation de cas, la mise au point, l'évaluation/estimation, et l'examen des possibilités de règlement ».

QUESTIONS SPÉCIFIQUES DE RECHERCHE

J'ai tenté d'identifier, auprès de certains acteurs clés de l'industrie de la construction au Québec, quelles sont leurs connaissances et leurs perceptions relativement aux modes de règlement des différends autres que l'arbitrage et les tribunaux, et plus spécifiquement ceux spécialement adaptés à leur industrie et pratiqués couramment ailleurs, de même que leur appréciation quant au niveau d'implantation de ces modes au Québec.

Vu la popularité croissante de processus d'évaluation neutre, de même que la préférence apparente pour la médiation de type évaluative par un expert, dans les juridictions où les modes de PRD en construction sont implantés, j'ai vérifié si, selon l'appréciation des acteurs, les caractéristiques plus interventionnistes de ces modes de PRD pourraient favoriser leur implantation, ici au Québec.

Voici quelles sont les questions spécifiques de ma recherche;

- Les principaux acteurs dans la réalisation de grands travaux au Québec sont-ils satisfaits du processus judiciaire ou de l'arbitrage pour régler les différends inhérents à ce type de projets? Sinon pourquoi?
- Quels sont leurs besoins eu égard au règlement de ces différends? Quelle est l'importance du caractère décisionnel du processus privilégié?
- Connaissent-ils les modes, tels le partenariat, la médiation et l'évaluation impartiale, adaptés spécifiquement aux différends relatifs aux travaux de construction et sont-ils au courant du degré d'implantation de ces modes dans les projets de construction ailleurs au Canada, aux États-Unis et dans les grands projets internationaux?
- Quelles sont leurs perceptions des avantages et des inconvénients de l'implantation de ces modes dans les projets de construction, ici au Québec?

MÉTHODOLOGIE

Vu l'absence de données documentaires sur l'état de cette pratique au Québec, c'est essentiellement par le biais d'entrevues auprès des acteurs clés de l'industrie que j'ai procédé

Voici quelle a été ma démarche méthodologique;

1. bilan du contexte législatif et réglementaire ainsi que des politiques gouvernementales applicables à la résolution des différends en matière de contrats de construction au Québec.
2. examen des conditions générales des principaux contrats-type de construction au Québec eu égard aux modes de règlement des différends qui y sont prévus.
3. relevé des déclarations publiques et des politiques des principaux acteurs de l'industrie eu égard à leurs besoins en matière de gestion de conflits.
4. inventaire des modes de règlement spécialement développés pour l'industrie et le relevé des données existant sur leur application ailleurs qu'au Québec.
5. développement d'un questionnaire à l'intention des principaux représentants des groupes d'intervenants dans la réalisation d'ouvrages au Québec.
6. entrevues d'un représentant des acteurs suivants :
 - a. le Ministère de la justice et le Secrétariat du conseil du trésor, pour le gouvernement québécois;
 - b. les conseillers juridiques des grands donneurs d'ouvrage publics suivants; la Corporation d'Hébergement du Québec (CHQ), la Société Immobilière du Québec (SIQ), le Ministère des transports et la Ville de Montréal;
 - c. quatre architectes en pratique privée œuvrant sur des grands projets, dont un représentant de l'Ordre des architectes et un représentant de l'Association des architectes en pratique privée du Québec (AAPPQ);
 - d. deux ingénieurs spécialisés dans les réclamations de construction;
 - e. un entrepreneur et le directeur général de la Corporation des entrepreneurs généraux du Québec (CEGQ);
 - f. trois avocats directeurs du groupe en droit de la construction de leurs cabinets (deux grands et un moyen) respectifs;
 - g. un courtier en assurance responsabilité professionnelle des architectes et ingénieurs;
 - h. le directeur du service de réclamations d'une compagnie de cautionnement de la construction;
7. analyse des données provenant des entrevues faite en fonction du cadre conceptuel ci-haut.

OBSERVATIONS

1. Déficiences systémiques de l'industrie de la construction du Québec.

L'industrie de la construction représente près de 9% du PIB québécois. Depuis 2004, les dépenses d'immobilisations en construction s'élèvent à près de 32 milliards de dollars par année⁷. De cette somme, près de 15 milliards ont été dépensés, en 2006, dans des travaux de bâtiment non résidentiel et de génie. Les travaux de génie, toujours pour la même année, s'élevaient à 8.3 milliards, alors que les travaux de bâtiment institutionnel et commercial s'élevaient à 5.5 milliards.

⁷ Source : Commission de la construction du Québec, *L'industrie de la construction en 2006*

Selon le Conseil de la science et de la technologie du Québec⁸, le gouvernement du Québec est le principal demandeur des travaux, suivi des municipalités, le gouvernement fédéral jouant un rôle mineur, tout en notant que les gouvernements sont pratiquement les seuls clients récurrents en construction.

Le secteur québécois de la construction est formé d'une multitude de petites entreprises. En effet, selon la Commission de la construction du Québec, le bâtiment institutionnel et commercial comprend 13 294 employeurs tandis que le bâtiment résidentiel en compte 12 577 et 83 % des employeurs comptent moins de six salariés tout en effectuant le quart du volume du travail⁹.

L'industrie est par conséquent fragmentée en une multitude de petites firmes aux ressources limitées, qui interagissent peu. En 2001, seules cinq firmes canadiennes se classaient parmi les 225 plus grandes entreprises en construction sur le plan des contrats internationaux.¹⁰

En août 2000, la firme de consultants Secor, mandatée par l'Association de la construction du Québec, publiait son *Étude prospective de l'industrie de la construction*¹¹ par laquelle elle visait à identifier les tendances lourdes qui influeraient sur l'industrie québécoise de la construction au cours des dix prochaines années, de même que les effets de ces tendances sur les acteurs de l'industrie.

Dans sa description de la structure de l'industrie, Secor relevait les caractéristiques suivantes :

1. un grand nombre d'intervenants qu'elle divise en huit grands groupes
 - a. les clients et investisseurs
 - b. les « constructeurs »
 - c. les manufacturiers de matériaux
 - d. les fabricants de composantes
 - e. les distributeurs de matériaux ou composantes
 - f. les « professionnels »
 - g. les ressources techniques
 - h. les travailleurs et leurs organisations syndicales
2. un processus complexe divisé en cinq grandes activités
 - a. la planification
 - b. le design
 - c. la construction
 - d. l'entretien et l'exploitation
 - e. la démolition
3. une industrie très fragmentée résultant des principaux facteurs suivants :
 - a. la diversité des clients
 - i. petits clients aux besoins de construction simples.
 - ii. des clients ayant des besoins de construction importants mais qui ne connaissent pas ou peu la technicité de ces activités.

⁸ *Bâtir et Innover, Tendances et défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Gouvernement du Québec 2003

⁹ voir note 7

¹⁰ voir note 8

¹¹ *Étude prospective de l'industrie de la construction*, Rapport présenté à l'Association de la construction du Québec, Secor, août 2000

- iii. des clients ayant des besoins plus ou moins importants, mais qui ont de l'expérience ou connaissent bien la technicité des travaux à réaliser.
- b. la particularité des technologies entraînant la spécialisation des entreprises.
- c. la variété des projets en fonction de leur zone de rayonnement (local, régional, national, international).
- d. la variabilité de l'activité résultant de la fluctuation des cycles économiques et cycles d'investissements.
- 4. une industrie composée de petites entreprises expliquant les carences en matière d'innovation, de formation, de gestion et de qualité.
- 5. une industrie spéciale vu le rôle qu'y joue l'État, lequel a mis en place une structure législative et réglementaire spécifique à la construction et qui touche aux niveaux du contrôle sur l'aménagement du territoire, les normes de construction, les permis de bâtir, l'inspection des bâtiments, l'enregistrement des entrepreneurs, le contrôle des professions, le code de sécurité etc...
- 6. une industrie importante vue sa place dans l'économie qui en fait une des principales industries du Québec en termes de niveau d'activité et d'emploi.

Parmi les attentes des clients envers l'industrie de la construction, l'étude du groupe Secor prévoyait que ceux-ci rechercheraient chez les constructeurs autre chose qu'un simple fournisseur mais plutôt un partenaire d'affaires capable de s'engager dans une relation plus étroite, parfois de long terme et, dans certains cas, pouvant partager les risques financiers ou prendre une participation dans le capital du projet.

L'étude du groupe Secor conclut en identifiant de nouvelles structures de négociation plus efficace et plus mature comme un des éléments positifs pouvant permettre à l'industrie québécoise de la construction de s'adapter et tirer profits des tendances lourdes qu'elle a identifiées pour son avenir.

En 2003, le Conseil de la science et de la technologie du gouvernement québécois, s'intéressant lui aussi aux grandes tendances de l'industrie de la construction du Québec, s'exprima ainsi dans son avis¹²

« Plus un processus qu'une industrie, la construction est une activité complexe. Il s'agit classiquement de l'exécution séquentielle de différentes tâches qui vont de la définition des besoins jusqu'à l'exploitation du bâtiment. L'adjudication des contrats au plus bas soumissionnaire a une influence structurelle majeure. L'organisation du travail y est décentralisée, la coordination informelle, si bien que chaque acteur tend à transférer aux suivants les problèmes éprouvés dans l'exécution de sa tâche. L'unicité de chaque projet freine l'adoption de techniques de production de masse et a mène à travailler ensemble, de façon temporaire, des entreprises qui souvent ne se connaissent pas. Les problèmes de communication, voire les antagonismes (et les recours aux tribunaux) qui s'ensuivent ne sont pas propices à l'innovation. »

et, plus loin :

« Tout au long du vingtième siècle, on a identifié les mêmes problèmes dans l'ensemble des pays industrialisés. La gestion est déficiente à toutes les étapes, à commencer par la conception. Le manque d'informations détaillées chez tous les acteurs (client, concepteurs, maîtres d'œuvre et sous-traitants) quant à la façon de procéder est un phénomène

¹² voir note 8

généralisé.....Les gestionnaires de chantier n'exercent pas de véritable contrôle de la production, ne reconnaissent pas la nécessaire interdépendance des parties concernées. Le choix des sous-traitants en fonction du seul prix peut s'avérer fort néfaste à l'innovation. »

Finalement, après avoir fait un bref survol des différents modes innovateurs de réalisation de projets, tels que la construction en régime accéléré (*fast track*), selon la procédure séquentielle, la conception-construction (*design build*), le partenariat et la construction allégée (*lean construction*), le Conseil de la science et de la technologie en vient à conclure que « *les facteurs communs de succès de ces nouvelles pratiques semblent être une coopération étroite entre les participants, un contrôle accru de l'ensemble du projet, un meilleur suivi de la qualité au moyen de cibles à atteindre et de système de mesure de la performance* ».

Quant à lui, le Comité directeur national pour l'innovation en construction (CDNIC) canadien¹³ remarquait, dans son aperçu du secteur de la construction, que la croissance de la productivité dans le secteur de la construction accuse, depuis 1960, un retard de plus de 50% sur celle du secteur des affaires, ce retard étant en majeure partie apparu durant les deux dernières décennies. L'opinion générale est que le secteur de la construction afficherait une productivité beaucoup plus forte si on arrivait à mobiliser tout son potentiel d'innovation.

Selon ce Comité, « alors que bien d'autres secteurs industriels, tels ceux de la fabrication, du commerce de détail et de l'industrie automobile, ont pris les dispositions nécessaires pour conclure d'importants partenariats stratégiques visant à partager les risques et les avantages d'un bout à l'autre de leur chaîne d'approvisionnement, celui de la construction n'a pratiquement pas changé au cours du vingtième siècle. Il gravite toujours en grande partie autour du modèle classique qu'on se fait d'un projet, pour lequel les personnes de métier, les professionnels, les entrepreneurs et les clients sont régis par des ententes contractuelles à court terme conclues avec le soumissionnaire le moins cher, qui donnent lieu à des risques financiers élevés et à une propension à entamer des poursuites ».

Le CDNIC maintenait que « le secteur de la construction ne pourra réaliser son plein potentiel que si des changements systémiques d'envergure sont apportés à sa culture et à sa structure; ces changements exigeant tout un éventail d'innovations dans les processus de travail, les technologies et les produits ».

Reconnaissant qu'il n'est pas facile d'innover dans le secteur de la construction, je crois tout à fait pertinent au sujet de la présente étude, les commentaires suivants du CDNIC;

« Une organisation peut fort bien parrainer une innovation particulière, mais son adoption à une plus grande échelle dans le secteur exige habituellement la participation de plusieurs autres parties et intervenants. Les organisations individuelles sont très limitées en ce qui concerne leur habilité à innover sans la collaboration et la concordance des membres de la « collectivité de la construction ». D'ordinaire, une innovation ne fera vraiment l'objet d'une acceptation et d'une diffusion à grande échelle que si elle est accueillie par bon nombre de parties intéressées, comme les organismes de réglementation, les organismes responsables des normes, les autorités légales, les autorités contractantes, et les autorités compétentes en matière de travail, de sécurité et d'environnement. Il faut également se préoccuper des questions fondamentales de rentabilisation et faire en sorte que ce « régime d'innovation » fonctionne sans accroc et ne donne pas lieu à des entraves involontaires à l'innovation. Une

¹³ Rapport de discussion – Comité directeur national pour l'innovation en construction, 28 juin 2002

méthode appliquée à l'échelle du secteur est nécessaire pour faire des progrès en matière d'innovation »

Dans le sommaire de son rapport, le CDNIC établissait, sans équivoque, la nécessité de relations de partenariat étroites entre les organismes du secteur privé et les institutions du secteur public aux fins de mettre en œuvre les actions recommandées en matière d'innovation dans l'industrie.

Selon lui, les différents niveaux de gouvernement au Canada peuvent et doivent vraiment imprimer leur marque sur l'industrie, en qualité, par exemple de clients, d'autorités de réglementation, d'éducateurs et de courtiers en technologie. En coordonnant leurs efforts, en usant de leur influence et en modifiant parfois leurs pratiques, les pouvoirs publics peuvent, selon le CDNIC, avoir une influence vraiment bénéfique sur le secteur.

En 2004, le Centre d'études et de recherche pour l'avancement de la construction au Québec (CERACQ) publiait un rapport intitulé *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*¹⁴, lequel faisait écho au rapport du CDNIC de 2002 avec une application particulière au Québec.

Selon la majorité des personnes rencontrées dans le cadre de cette étude, l'industrie de la construction souffre d'une image globale plus ou moins positive en raison, entre autres, du climat de confrontation qu'on y retrouve mais aussi, en fonction de l'image individuelle que certains joueurs laissent transparaître. Plusieurs croient aussi que leur industrie ne reçoit pas la reconnaissance qu'elle devrait obtenir des différents paliers de gouvernements.

D'après eux, l'industrie est perçue, par les instances gouvernementales, comme moins « glorieuse » que les industries à caractère plus technologique comme l'aéronautique, les biotechnologies, ou les technologies de l'information, par exemple.

Compte tenu de l'importance qu'occupe l'industrie de la construction au sein de l'économie, plusieurs joueurs interrogés déplorent le fait qu'il y ait si peu de programmes de support et de développement, destinés à leur industrie.

Le CERACQ note que, dans sa démarche d'analyse et de conscientisation à l'innovation, le Québec a près d'une décade à rattraper par rapport aux démarches semblables entreprises aux États-Unis et en Angleterre, lesquelles ont produit des résultats significatifs en gains de productivité et de performance de l'industrie dans ces pays.

Pour les fins de mon étude, il est intéressant de noter les facteurs suivants que le CERACQ a identifiés comme faisant obstacle à l'intégration de l'innovation, au Québec;

1. personne ne veut être le premier à utiliser une innovation;
2. le système du plus bas soumissionnaire ne représente pas toujours la solution la plus optimale pour l'attribution des projets;
3. les investissements trop faibles dans les PFT¹⁵ peuvent entraîner des projets mal élaborés à la base, ce qui est lourd de conséquences sur la réalisation de l'ensemble du projet;

¹⁴ *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Rapport de recherche présenté au CERACQ, Guy Rodrigue, Origène Corriveau, Altitude Groupe conseil, 8 septembre 2004

¹⁵ Programme Fonctionnel Technique (études d'avant-projet)

4. vision à court terme de plusieurs intervenants de l'industrie;
5. faible utilisation des méthodes d'analyse de valeur entraînant souvent un rapport qualité/prix/performance peu élevé;
6. faible demande d'innovation de la part des clients propriétaires;
7. manque de formation à plusieurs niveaux;
8. manque de communication entre universités et industrie.

2. Les causes à l'origine des différends reliés aux travaux de construction.

La logique soutenant les efforts déployés par de nombreux auteurs pour identifier les sources des différends de construction repose sur la prémisse qu'en autant que l'on puisse identifier les causes de la « maladie », il sera d'autant plus facile de développer le « remède » qui pourrait guérir l'industrie des litiges inutiles¹⁶. Un auteur, Stipanovich (1996) aurait même décrit l'industrie de la construction comme le « fer de lance de l'expérimentation des mécanismes visant à prévenir les différends en s'adressant aux racines de la controverse » (traduction personnelle à partir de l'anglais).

Dans un cours de formation, donné en février 2006, par deux avocats spécialisés en droit de la construction, pour le compte de la section droit de la construction de l'Association du Barreau canadien, division Québec, ceux-ci identifiaient les cinq principales sources de litige potentiel suivantes sur un chantier de construction;

1. les changements aux travaux ou aux conditions d'exécution;
2. les retards;
3. la qualité de l'exécution;
4. les difficultés financières;
5. les problèmes de main d'œuvre.

Ce sont sensiblement les mêmes problèmes qui ont été identifiés par les participants à nos entrevues comme étant les principales sources de différends sur les chantiers.

Voici un sommaire des causes qu'ils nous ont identifiées comme étant à l'origine de la majorité des différends de construction :

1. Équipe de projet faible. Manque de collaboration entre les différents intervenants.
2. Objectifs et intérêts divergents de la part de chacun des intervenants.
3. Manque de ressources (temps et argent) adéquates affectées à la préparation du programme fonctionnel et technique (PFT) de même qu'à la préparation des plans et devis préalables au lancement du projet.
4. Absence d'une évaluation exhaustive des risques et d'un plan de gestion des risques.
5. Choix des professionnels du projet en fonction de critères (politiques, financiers) autres que leurs qualifications.
6. Rémunération inadéquate des professionnels du projet, octroi de mandats partiels et pression des donneurs d'ouvrage sur les honoraires des professionnels.
7. Plans et devis incomplets et mal coordonnés résultant en l'émission d'une multitude de changements pendant toute la durée de l'exécution des travaux.

¹⁶ Pena-Mora, Sosa, McCone, *Introduction to Construction Dispute Resolution*, MIT, 2003

8. Budgets de contingences inexistantes ou insuffisants, lesquels sont parfois déjà épuisés au moment de débiter les travaux, vu les longs délais dans l'approbation des projets publics.
9. Difficulté, pour les gestionnaires publics, d'obtenir des budgets additionnels, en cours d'exécution des travaux.
10. Déséquilibre contractuel et partage inégal des risques entre le donneur d'ouvrage client et les entrepreneurs. Le contrat de construction public type a cette particularité unique de permettre que le client apporte, de façon unilatérale, des changements à son contrat et d'imposer à son cocontractant de les exécuter, sans qu'il y ait eu entente préalable entre les parties. Cette situation peut créer certains abus de la part de certains donneurs d'ouvrage et est souvent source de conflits sur les chantiers.
11. Incompétence des gestionnaires de projet représentant certains donneurs d'ouvrage, surtout ceux pour lesquels la construction est une activité exceptionnelle. Certains de ces gestionnaires abusent de leur autorité et croient même pouvoir promouvoir leur carrière en démontrant qu'ils peuvent annuler les réclamations des entrepreneurs, même celles légitimes.
12. Manque de confiance en l'objectivité du professionnel de projet lequel est généralement désigné dans les contrats de construction comme le mandataire du client dans la négociation des prix des changements et comme le premier « arbitre » des différends résultant de l'interprétation de ses plans et devis.
13. Règles de l'octroi des contrats aux plus bas soumissionnaires conformes, que ce soit pour les entrepreneurs généraux ou pour les sous-traitants, indépendamment de leurs qualifications pour exécuter les travaux.
14. Marges de profitabilité trop basses pour certains entrepreneurs qui cherchent à se renflouer par le biais de réclamations aux fondements douteux.
15. Préjugés négatifs et parfois même mépris de certains types d'intervenants vis-à-vis d'autres.
16. Mauvaise communication et conflits de personnalité entre les différents chargés de projet.
17. Manque de formation et d'habiletés en négociation et gestion de conflits de la part des intervenants.
18. Mode de réalisation des travaux (« fast track », montant forfaitaire, « design-build ») inadapté au projet.
19. Les bâtiments représentent souvent des prototypes pour lesquels les concepteurs et les exécutants ne peuvent bénéficier des leçons apprises.
20. Frais contingents associés aux réclamations non imputables au budget du projet.

Dans leur ouvrage¹⁷, les auteurs Pena-Mora, Sosa et Mc Cone, après avoir fait une revue de la littérature à ce sujet, proposent de regrouper ces causes sous deux grandes catégories; la première qu'ils qualifient de « Questions organisationnelles » et la seconde d'« Incertitudes », lesquelles se subdivisent et incluent ce qui suit :

- Questions organisationnelles :
 - Structure : structure organisationnelle interne/externe, modes de réalisation, modèles de contrat inappropriés, documents contractuels, clauses contractuelles et droit

¹⁷ voir note 16

- Processus : performance, qualité, pressions sur les soumissions, paiement, retards, interruption, accélération, administration, voies formelles de communication, partage de l'information, rapports et piètre communication
- Personnes : malentendus, attentes irréalistes, culture, langue, communications, objectifs incompatibles, gestion, négligence, habitudes de travail et manque d'esprit d'équipe
- Incertitudes :
 - Externes : changement, variations, préoccupations environnementales, impacts sociaux, économie, risques politiques, température, réglementation and conditions du site imprévisibles
 - Internes : définition incomplète de la portée des travaux, erreurs de design, méthodes de construction et main d'œuvre.

Une attention particulière est portée, par ces mêmes auteurs, sur l'incompatibilité des objectifs initiaux recherchés par chacune des parties à un contrat de construction, phénomène qui expliquerait le caractère conflictuel des projets de construction.

En effet, alors que d'une part le donneur d'ouvrage cherche à obtenir qualité, fonctionnalité et capacité maximales à un coût minimal, le constructeur, lui, doit réussir à rencontrer des objectifs financiers qui seront atteints en dépensant le minimum de ressources requises pour satisfaire le minimum de la portée des travaux requise.

D'ailleurs, sur ce sujet, il est intéressant de lire les constatations du groupe de recherche CIRANO dans son analyse récente des grands projets réalisés au Québec¹⁸. Voici comment il s'exprime à la page 3 de son rapport :

« La compréhension que chacune des parties a de son rôle ainsi que de ses objectifs en s'engageant dans un projet, influence son comportement. En plus, la perception de ce qu'est un projet performant n'est pas la même pour tous les acteurs. Les intervenants qui œuvrent dans un même projet perçoivent sa performance différemment, car leurs attentes sont différentes. Pour maximiser la valeur du projet, il faut s'assurer qu'il soit synonyme de succès pour l'ensemble des parties prenantes. »

et plus loin, dans le chapitre sur les objectifs des parties prenantes :

« Les raisons pour lesquelles les différents intervenants se sont engagés dans les projets varient, ainsi que leurs objectifs. De plus, les bénéfices qu'ils en retirent ne sont pas les mêmes. Inversement, les différents intervenants ne sont pas affectés de la même manière par les faiblesses des projets.

Les propriétaires et les responsables des projets (donneurs d'ouvrage) désirent :

- *Obtenir l'infrastructure au plus bas coût possible;*
- *Rencontrer les échéances promises;*

¹⁸ *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique, Analyse des grands projets réalisés au Québec*, Document présenté au Secrétariat du Conseil du trésor par CIRANO, Chebil, Castonguay, Miller, mai 2006

- *Rencontrer les exigences de conformité aux règles institutionnelles (appel d'offres, contrats, contrôle et suivi);*
- *Satisfaire à la hiérarchie institutionnelle*

Les professionnels, architectes et ingénieurs, souhaitent :

- *Développer leur expertise;*
- *Développer des avantages concurrentiels;*
- *Participer au plus grand nombre de projets possible pour pouvoir être sélectionnés pour d'autres.*

Les entrepreneurs s'engagent dans les projets pour :

- *Gagner des revenus et faire des profits;*
- *Apprendre*

En somme, il semble que le respect des procédures administratives soit la principale préoccupation des responsables de projet (donneurs d'ouvrage). Les professionnels et les entrepreneurs sont essentiellement intéressés à gagner du travail, des compétences, des profits et des projets futurs ».

Ces constatations nous rappellent la pertinence du consensus dégagé par toutes les études, ici comme ailleurs aux États-Unis et en Angleterre, sur la nécessité d'accroître la coopération de tous les intervenants de l'industrie dans la réalisation de projets de construction.

Finalement, Pena-Mora, Sosa et Mc Cone observent qu'une revue des causes à l'origine des différends de construction semble révéler que les conflits représentent un aspect intrinsèque de cette industrie et que chaque projet comporte son propre lot spécifique de questions organisationnelles et d'incertitudes.

C'est pourquoi ils considèrent qu'il est de la responsabilité de chaque équipe de projet d'évaluer les caractéristiques propres à leur projet et de développer, conjointement, une approche créative et efficace pour gérer et résoudre les différends avant qu'ils ne dégénèrent en litiges.

3. Les modes actuels de règlement des différends de construction au Québec.

La littérature sur le règlement des différends de construction utilise l'image d'un escalier pour illustrer le continuum des modes utilisés pour ce type de conflits. Ils sont souvent désignés comme des *Dispute Resolution «Ladder»* (DRL).

Le « DRL » utilisé de façon largement prédominante au Québec, actuellement, est un escalier comprenant deux marches, la première étant la décision du Professionnel du projet et la deuxième étant l'arbitrage ou le procès avec, entre les deux, seulement la possibilité de négociations informelles et non structurées entre les parties.

En effet, sauf quelques rares exceptions, tous les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics prévoient un tel mécanisme de règlement des différends, conformément à l'actuel *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics (R.Q. c.A-6.01, r.0.02)*.

Tel que mentionné dans l'introduction, le Secrétariat du Conseil du trésor québécois considère présentement adopter un projet de règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics qui prévoirait l'inclusion de clauses de règlement non judiciaires des différends autres que l'arbitrage dans ces contrats.

Quant aux contrats à forfait type développés par le Comité canadien des documents de construction (CCDC), ils prévoient l'ajout d'une marche intermédiaire, en l'occurrence la médiation, entre la décision du Professionnel et l'arbitrage. Or, lorsque ces formules de contrat sont utilisées au Québec, elles sont fréquemment modifiées pour y exclure la référence au processus de médiation susmentionné.

a) Le Professionnel du projet

Donc, dans la grande majorité des projets de construction au Québec, la responsabilité du règlement des différends de construction appartient encore, en premier lieu, au Professionnel du projet, c'est-à-dire l'architecte ou l'ingénieur qui, dans la plupart des cas, a préparé les plans et devis du projet¹⁹.

Il s'agit là du mécanisme de règlement des différends traditionnel qui a cours, de par le monde, et qui était pratiquement le seul jusqu'au début des années 1980.

Il repose sur le principe généralement reconnu à l'effet que le professionnel responsable du design, lequel a préparé les plans et devis du contrat, soit celui qui interprète les exigences des documents contractuels, formule des conclusions sur l'exécution, par chacune des parties, de ses obligations contractuelles et autrement décide de tout litige, réclamation et autre sujet de discussion entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur.

Ce principe suppose que les décisions de l'architecte/ingénieur sont basées sur ses connaissances étendues des aspects techniques du projet, lesquelles lui procureraient l'autorité suffisante pour solutionner presque toute question reliée au design.

Bien que les parties ne soient pas liées de façon définitive et irrévocable par les décisions du professionnel du design, celles-ci ont quand même l'avantage de leur fournir une solution rapide, éclairée et soi disant « objective » des différends qui peuvent surgir en cours d'exécution des travaux.

Or, avec le temps, les contrats de construction sont devenus plus importants, leurs complexités techniques ont augmenté, le nombre d'intervenants s'est considérablement accru. La valeur monétaire des mésententes contractuelles étant devenue plus grande et les retards à l'échéance de terminaison des travaux ayant amené leur lot de problèmes additionnels, la fréquence et l'ampleur des différends sur les projets ont connu une croissance exponentielle.

Dans un tel contexte, la capacité et l'autorité du professionnel responsable du design comme seul arbitre des différends pouvant survenir en cours d'exécution de projets, ont été remises en question par les entrepreneurs et par plusieurs donneurs d'ouvrage.

De plus, considérant que la plupart des changements résultent d'erreurs et omissions dans les plans et devis généralement préparés par les professionnels du projet, plusieurs entrepreneurs jugent ces professionnels en conflit d'intérêts dans ce rôle.

¹⁹ voir les articles CG 2 et CG 8 du contrat CCDC 2-1994

Aussi, plusieurs constatent une certaine érosion de l'autorité et de l'indépendance des professionnels par rapport à leurs clients donneurs d'ouvrage qui, parfois, menacent même de déduire de leurs honoraires, les coûts des changements résultant d'erreurs et omissions dans leurs plans et devis ou même de leur réclamer les coûts qu'il doivent encourir pour se défendre des réclamations des entrepreneurs.

Dans les cas pouvant impliquer sa responsabilité professionnelle, le professionnel est, de plus, souvent contraint de s'effacer et de laisser son assureur assumer sa défense.

Dans certains cas, les professionnels sont choisis selon des critères autres que leur compétence et une forte pression s'exerce sur leurs honoraires par leurs clients de sorte qu'il leur est difficile de jouir de l'indépendance nécessaire pour agir comme intervenants neutres dans le règlement des différends.

Ce problème est accentué par le fait que, comme pour les entrepreneurs, la grande majorité des firmes de professionnels qui œuvrent dans la réalisation de projets sont de petite taille (85% des firmes d'architectes et d'ingénieurs compteraient moins de 5 employés²⁰).

Bien que les professionnels soient des experts techniques, ils reconnaissent eux-mêmes qu'ils n'ont généralement qu'une formation et un intérêt très limités en gestion de projets et inexistantes en résolution de conflits.

Par conséquent, il est possible d'expliquer l'émergence du concept de l'évaluation neutre et des « dispute resolution boards », dans certaines juridictions hors Québec, comme un substitut et/ou une amélioration du rôle traditionnellement assumé par le professionnel du projet dans le *continuum* à deux étapes de la résolution des différends reliés aux travaux de construction.

b) L'arbitrage

Tel que mentionné, l'arbitrage est le seul mode non judiciaire de règlement des différends actuellement autorisé pour les contrats de construction publics et celui qui, jusqu'à présent, a été le plus utilisé pour résoudre les différends de construction qui n'ont pas été réglés par la négociation ou la décision du Professionnel du projet.

Lorsqu'il est prévu dans les contrats publics, le recours à l'arbitrage est généralement obligatoire, à l'exclusion des tribunaux, ne doit être exercé qu'après la fin des travaux et est final et exécutoire.

À moins que le contrat ne prévoit un arbitrage institutionnel sous l'égide d'un centre d'arbitrage et réfère à ses règles, le processus est assujéti aux règles du Code de procédure civile²¹ prévues aux articles 940 et suivants.

Quant au contrat-type du Comité canadien des documents de construction²², celui-ci prévoit un recours à l'arbitrage non obligatoire et réfère au Règles d'arbitrage des différends relatifs aux contrats de construction conclus selon le CCDC 2²³. Voici comment ces Règles définissent l'arbitrage dans leur Introduction :

²⁰ Risk Drivers, Understanding the Dynamics of Risks in the A/E industry, XL Insurance, 2006

²¹ L.R.Q., chapitre C-25

²² Contrat à forfait CCDC 2-1994, article CG 8.2.6

²³ document CCDC 40 - 2005

« L'arbitrage est, de tous les processus non judiciaires de règlement des différends, celui dont le degré d'organisation est le plus élevé. Cette caractéristique est probablement due à diverses causes : les éléments essentiels en sont régis par la justice; des avocats, qui sont à l'aise lorsque les choses se déroulent selon un protocole défini, sont souvent présents; la sentence lie les parties et son exécution peut être forcée par l'autorité judiciaire. L'arbitre a pour rôle d'évaluer la preuve présentée par chaque partie. Il peut citer des témoins et retenir les services d'experts. Les règles de preuve ne s'appliquent pas nécessairement mais l'arbitre ne peut, habituellement, écarter une preuve qu'un tribunal admettrait. »

Le tribunal arbitral est généralement composé de trois personnes, deux experts de la construction (architectes et/ou ingénieurs) et un juriste comme président du tribunal.

Bien que l'arbitrage ait connu une assez grande popularité auprès de l'industrie de la construction, dans les années 1980 et 1990, il semble de moins en moins apprécié, par les parties, comme mode de règlement des différends, puisqu'il s'apparente de plus en plus au processus judiciaire.

En effet, alors que le processus offrait initialement l'avantage d'être plus souple, expéditif et moins dispendieux que le procès, les différents intervenants interrogés dans le cadre de la présente étude semblent d'accord pour considérer que, les seuls avantages se dégageant de la pratique qu'en ont fait les avocats, sont la possibilité de choisir les arbitres et le fait que leur décision soit sans appel.

Cette perception est d'ailleurs conforme aux résultats des sondages effectués aux États-Unis et en Angleterre sur l'appréciation de l'arbitrage comme mode de règlement des différends de construction²⁴

c) Le procès

Toute la littérature consultée sur la gestion et le règlement des différends de construction, de même que les intervenants interviewés dans le cadre de la présente étude, sont unanimes pour affirmer, qu'à l'exception de quelques rares cas, le procès ne satisfait pas les besoins des parties pour régler leurs différends.

Voici les raisons le plus souvent évoquées :

1. Longs délais avant que le différend ne soit réglé de façon définitive;
2. Coûts prohibitifs. Plusieurs affirment même qu'il faut que le litige soit supérieur à 1 million de dollars pour que le coût en vaille la peine, fréquentes victoires pyrrhiques;
3. Coûts favorisent la loi du plus fort;
4. Possibilité d'un juge qui n'a qu'une connaissance rudimentaire du domaine de la construction;
5. Manque de contrôle des parties sur le processus;
6. Administration de la preuve par des avocats qui n'ont pas d'expertise technique;
7. Rigidité et lourdeur de la procédure légale;
8. Débat contradictoire et règles de preuve ne permettant pas un véritable échange de toutes les données factuelles et techniques pouvant mener à la solution du litige;
9. Lourde implication personnelle des cadres des parties dans la préparation et durant toute la durée de procès généralement de longue durée;

²⁴ Introduction to Construction Dispute Resolution, Pena-Mora, Sousa, McCone, MIT, 2003

10. Multiplicité des parties impliquées dans un litige de construction;
11. Preuve documentaire généralement très volumineuse;
12. Complexité technique des enjeux ;
13. Expertises contradictoires faisant en sorte que le litige se transforme en une bataille d'experts qui doit être tranchée par un juge qui ne l'est pas;
14. Litige composé d'une multitude de sujets de réclamation qui ne sont pas nécessairement reliés entre eux;
15. Solutions limitées à celles offertes par le droit.

Dans un article publié en 2004, Me Geza Banfai, spécialiste torontois du droit de la construction, décrivait ainsi le procès typique de construction;

« La procédure est en grande partie un exercice archéologique, qui consiste à remonter le fil du temps et à passer au crible les artefacts que sont les événements antérieurs, en tenant compte des exposés oraux des témoins, afin d'établir la grille des faits, puis à y appliquer des principes juridiques afin de dégager une conclusion logique. Un esprit cynique pourrait soutenir que la procédure contradictoire nord-américaine est un exercice archéologique mené par une équipe profondément dysfonctionnelle, où un groupe creuse frénétiquement le sol alors que l'autre s'emploie tout aussi furieusement à enfouir ou à démolir ce qui a été mis à jour ! »²⁵

Toutes ces raisons expliquent aussi sûrement la rareté des procès et le fait que la grande majorité des litiges de construction se règlent avant que ne débute le procès.

Certains acteurs interrogés affirment même que l'avantage principal des recours judiciaires est précisément celui de forcer les parties à régler leurs conflits à l'amiable afin d'en éviter tous les inconvénients. Selon eux, en plus du « cooling off period », c'est d'ailleurs le seul incitatif qui peut amener certaines parties à négocier un règlement à l'amiable de leurs différends.

D'autres prétendent que les parties les plus fortes, en l'occurrence certains grands donneurs d'ouvrage publics, utilisent le caractère dysfonctionnel du processus judiciaire pour imposer à leurs cocontractants plus faibles, soit la grande majorité des entrepreneurs québécois, d'abandonner leurs réclamations légitimes ou alors d'accepter des compromis inévitables en règlement.

L'impact des litiges, c'est-à-dire ces conflits qui requièrent une décision d'un ou plusieurs arbitres ou d'un juge, sur l'industrie de construction, est lui aussi amplement documenté.

Les auteurs Pena-Mora, Sousa et Mc Cone soulignent qu'aux États-Unis seulement, 5 des 60 milliards de dollars qui sont dépensés annuellement en poursuites judiciaires le sont en litiges de construction et que chaque milliard de dollars épargné en frais juridiques pour chacune des parties sur de tels litiges pourrait générer 40 000 nouveaux emplois.

Ils réfèrent également à une étude canadienne menée par Bristow en 1998 selon laquelle les frais de litige généralement encourus par les entrepreneurs dépassent d'à peu près 100% le montant de leurs réclamations initiales.

²⁵ *Procédure judiciaire : l'option de retrait*, Geza Banfai, le Bulletin Revay, volume 23, numéro 2, Revay et Associés limitée, septembre 2004

4. Besoins des acteurs de la construction en matière de règlement des différends.

Il ressort de ce qui précède que, tout comme l'industrie de la construction l'a été ailleurs dans le monde, aux États-Unis et en Angleterre plus particulièrement, dans les années 1980 et 1990, les acteurs québécois de l'industrie sont eux aussi insatisfaits du *status quo* en matière de règlement des différends.

Or, quels sont les besoins, à ce sujet, qui ressortent des entrevues que nous avons menées auprès des acteurs principaux de cette industrie, au Québec?

a) Collaboration accrue au sein de l'équipe de projet.

Tous s'entendent à l'effet qu'une plus grande collaboration entre les multiples intervenants d'un projet de construction est essentielle à sa réussite.

Le lien entre cette collaboration et la productivité et le respect des budgets et échéanciers d'un projet est largement documenté par toutes les études effectuées sur l'industrie de la construction.

À titre d'exemple, citons le passage suivant extrait du rapport de 2001 du vérificateur général britannique sur la modernisation de l'industrie de la construction²⁶. Ce rapport faisait suite aux conclusions des études Latham (1994), Levene (1995) et Egan (1998) sur l'industrie de la construction britannique :

"But studies have identified the potential for major savings, 30 per cent in the cost of construction. Specifically by industry and its clients adopting a more collaborative approach strongly founded on a competitive process with appropriate risk sharing in which value for money is obtained for all parties through a clear understanding of the project's requirements, transparency as to costs and profits, underpinned by clearly understood rights and obligations, and appropriate incentives."

Cette collaboration passe inévitablement par le renforcement et l'intégration de l'équipe de projet²⁷.

Ce besoin est aussi manifeste dans la tendance plutôt récente des donneurs d'ouvrage de s'éloigner des modes traditionnels de réalisation des projets par contrat à forfait et de favoriser plutôt la gestion de projet et gérance de construction, le « design build » et les partenariats publics privés (PPP).

Ces modes ont tous, comme caractéristique fondamentale, celle de former une équipe intégrée pour la réalisation du projet dont les intérêts et objectifs des différents membres convergent plutôt que de s'affronter, comme c'est trop souvent le cas du mode par contrat à forfait.

Cette tendance avait d'ailleurs été identifiée par l'étude prospective de l'industrie de la construction au Québec réalisée par le groupe conseil Secor. En traitant du nouveau rôle

²⁶ *Modernising Construction*, Report by the Comptroller and Auditor General, House of Commons, London, 8 January 2001

²⁷ À ce sujet voir le « Achieving Excellence in Construction Procurement Guide 05; *The integrated project team- teamworking and partnering*, Office of Government Commerce, UK, 2003

des constructeurs, l'étude prévoyait un contour plus flou et une plus grande perméabilité des responsabilités entre les différents acteurs de l'industrie. En voici un extrait;

« La frontière entre le client et l'entrepreneur en construction prend de nouvelles formes quand on considère les projets BOT²⁸, les projets de « design build », les projets où le constructeur est invité à prendre une participation financière, les projets où le constructeur est responsable de la gestion et de l'entretien de l'ouvrage. Les responsabilités du client et du constructeur deviennent, par le fait même, plus floues en matière de planification des travaux, de montage financier, de conception des ouvrages, d'exploitation de ces ouvrages. L'entrepreneur devient pratiquement le client. Il est davantage un partenaire qu'un fournisseur de services de construction.

La frontière entre les professionnels et l'entrepreneur en construction devient beaucoup plus ténue avec les formules de « design build », la conception interactive des ouvrages et la présente croissante des firmes d'ingénierie dans le secteur de la construction. Ce rapprochement ou cette intégration des responsabilités est déjà beaucoup plus élevé à l'extérieur du Québec. L'intérêt des clients pour une offre intégrée est appelée à s'accroître au cours des prochaines années et les acteurs devront s'y ajuster.

Cette plus grande perméabilité des responsabilités n'est pas le propre du secteur de la construction et s'observe dans plusieurs autres industries. L'évolution des besoins des clients, la pression concurrentielle et les développements technologiques ne sont pas étrangers à cet éclatement des contours traditionnels. »

La capacité d'un entrepreneur de pouvoir réaliser des projets de construction sans trop de conflits peut même devenir une question de survie pour l'entreprise. Dans le cas des projets privés où les appels d'offres se font sur invitation, l'entrepreneur litigieux ne sera tout simplement pas invité à présenter une offre.

Quant aux projets publics, les entrepreneurs doivent obligatoirement accompagner leurs soumissions d'un cautionnement de soumission et d'un cautionnement d'exécution délivrés par un nombre limité de compagnies d'assurances approuvées par la loi. Ces cautions emploient trois critères, qu'elles appellent les trois « C », dans la sélection des entrepreneurs qu'elles acceptent de cautionner; la Compétence technique, la Capacité financière et le Caractère de l'entreprise. Un entrepreneur trop litigieux qui aurait à la fois la compétence technique et la capacité financière de réaliser des projets pourrait quand même se voir refuser des cautionnements, et donc la possibilité de participer aux appels d'offres publics, parce qu'étant déficient quant au critère du Caractère.

Finalement, la construction au Québec est somme toute un « petit monde ». Tous les intervenants sont appelés à travailler plusieurs fois ensemble sur différents projets, d'où leur intérêt à garder des relations le plus harmonieuses possibles à long terme. Un entrepreneur général qui maltraite ses sous-traitants aura beaucoup de difficultés à obtenir leurs soumissions, le moment venu, et celles qu'il obtiendra malgré tout, seront sûrement gonflées ne lui permettant pas d'être compétitif dans un concours au plus bas prix.

Cette remarque s'applique également aux donneurs d'ouvrage abusifs qui ne reçoivent, par conséquent, qu'un nombre restreint d'offres qui sont elles-mêmes gonflées pour tenir

²⁸ «Build OwnTransfer » contrat de concession par lequel le constructeur ne transfère la propriété de l'ouvrage au donneur d'ouvrage qu'après la fin de la construction, voire après l'avoir exploité pendant une certaine période

compte du risque. Dans les projets publics, c'est donc la société dans son ensemble qui assume ultimement le coût d'une attitude conflictuelle du donneur d'ouvrage.

b) Investir suffisamment dans la prévention.

Ici aussi, toute la documentation et les acteurs s'entendent pour réclamer que la quantité et qualité de ressources (temps et argent) adéquates soient investies au stade de la planification du projet, bien avant que les travaux de construction ne débutent.

Cette préparation implique la détermination la plus définitive possible des besoins du client (le PFT), la préparation de plans et devis complets et coordonnés entre eux et l'élaboration d'un plan de gestion des risques le plus exhaustif possible, lequel devra être intégré dans les budget et échéancier du projet. Il est également critique que ce plan de gestion des risques soit constamment revu, en cours d'exécution du projet, et adapté en fonction de l'évolution des risques identifiés dans le plan de même que l'apparition de nouveaux risques imprévus.

Ce plan de gestion des risques devrait également servir à déterminer le mode de réalisation le plus adapté au projet de même qu'un encadrement contractuel où les risques sont répartis de façon équilibrée entre les parties.

Alors qu'avant 1992, les tribunaux n'hésitaient pas à faire à assumer à l'entrepreneur seul tous les risques du contrat d'entreprise de construction, la décision de la Cour suprême dans l'affaire de *Banque de Montréal c. Bail Ltée*²⁹ a établi un courant jurisprudentiel par lequel les cours recherchent dorénavant l'équilibre entre les droits et obligations des parties.

Comme contrepartie au principe général de la prise en charge des risques par l'entrepreneur, cette jurisprudence a imposé une obligation de renseignement au donneur d'ouvrage comme corollaire immédiat de l'allocation des risques.

En 1999, dans l'arrêt *Janin*³⁰, subséquentement repris notamment dans l'arrêt *Walsh & Brais*³¹, la Cour d'appel du Québec a conclu que « les contrats de construction conclus avec le gouvernement, les organismes publics subventionnés ou les grandes sociétés publiques ou privées » dont l'élaboration des conditions demeure la plupart du temps l'œuvre unilatérale du donneur d'ouvrage, répondent à la définition du contrat d'adhésion sous l'égide du *Code civil du Québec* (art.1379 C.c.Q).

C'est ainsi que, par exemple, les clauses contractuelles qui visent à enlever toute valeur aux informations fournies par le donneur d'ouvrage ont été jugées abusives par les tribunaux parce que déraisonnables, contraires à l'obligation de bonne foi et inconciliables avec l'obligation de renseignement du donneur d'ouvrage.

En plus de viser un équilibre entre les parties, le contrat devrait prévoir un mécanisme clair et équitable de règlement des différends de façon à ce que les parties qui s'y engagent puissent évaluer de la façon la plus précise possible le risque qu'ils assument à ce sujet.

À titre de mesure préventive, il convient de souligner ici le besoin maintes fois invoqué par plusieurs acteurs, lors de nos entrevues, de former les chargés de projet en matière de

²⁹ *Banque de Montréal c. Bail Ltée* (1992) 2 R.C.S. 554

³⁰ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction (1983) Ltée*, (1999) R.J.Q. 929, REJB 1999-11611 (C.A.)

³¹ *Walsh & Brais Inc. et al. c. Communauté urbaine de Montréal et al.*, (2001) R.J.Q. 2164 (C.A.)

prévention, gestion et règlement de conflits de même que de les informer des changements jurisprudentiels observés dans la dernière décennie.

Plusieurs des gestionnaires de projet sont restés ancrés sur de vieilles méthodes de gestion axées sur la confrontation qui ne sont plus adaptées au contexte actuel. D'autres se font forts de clauses draconiennes dans leurs contrats pour abuser de leur autorité sans savoir que de telles clauses ont été invalidées par les tribunaux. Finalement, la grande majorité d'entre eux ignore tout ou presque des mécanismes de prévention et règlement des différends spécifiquement adaptés pour les travaux de construction.

Ces mesures préventives ont pour objectif de réduire au minimum les demandes de changement en cours d'exécution du projet et par conséquent les réclamations qui en découlent.

Quant aux conditions qui sont véritablement imprévisibles, la prévention exige qu'un plan de contingences budgétaires adéquat ait déjà été établi, avant de lancer le projet, pour y répondre de façon à en minimiser l'impact sur le bon déroulement des travaux.

c) Le traitement des différends « en temps réel ».

Un autre consensus dégagé auprès des intervenants dans un projet de construction est la nécessité de régler les différends à l'intérieur de délais raisonnables, pendant l'exécution des travaux.

La situation qui prévaut actuellement est celle où tous les différends qui n'ont pas été réglés par la négociation ou par une décision du professionnel du projet, en cours d'exécution des travaux, sont accumulés et reportés à la fin du projet où l'on tente de les régler globalement.

Entretemps, la plupart des contrats de construction prévoient que ces différends ne doivent en aucune façon retarder le bon déroulement des travaux et que les entrepreneurs doivent procéder à l'exécution des travaux contentieux, sous protêt et sans préjudice à leurs droits et recours futurs.

Considérant que la durée de la majorité des projets de construction moyennement d'envergure s'échelonne entre un et trois ans, il est facile de comprendre l'impact négatif que peuvent avoir les différends non réglés sur l'esprit de collaboration essentiel au projet de même que sur la trésorerie des entreprises de moindre envergure et sur les sous-traitants.

De façon générale, les sommes monétaires impliquées dans de tels différends sont substantielles et leur non-paiement pendant plusieurs mois, voire même des années, peut avoir de sérieuses répercussions non seulement sur la capacité financière de certaines entreprises à compléter les travaux mais également sur la qualité du travail qu'elles exécutent. L'entrepreneur principal qui ne reçoit pas les paiements anticipés cherchera à faire partager son risque avec ses sous-traitants qui, à leur tour, exerceront des pressions sur leurs propres sous-traitants et fournisseurs, créant ainsi une réaction en chaîne dont les effets sont parfois même multipliés.

Les entrepreneurs impayés, s'ils ne l'ont pas déjà fait en cours de projet, publieront, sous la pression de leurs banquiers, à l'intérieur d'un délai de 30 jours de la fin des travaux, des hypothèques légales sur la propriété afin de « protéger leurs créances », forçant ainsi le

propriétaire donneur d'ouvrage à retenir en garantie d'autres sommes d'argent additionnelles à même les montants qui autrement auraient été payables à l'entrepreneur.

Une fois les travaux complétés, plusieurs donneurs d'ouvrage, confrontés à de multiples réclamations en suspens, cherchent à « négocier » un règlement global de l'ensemble des sujets contentieux en se servant du solde impayé et de la retenue contractuelle, qui à elle seule s'élève généralement à 10 % du montant total du contrat et des changements, comme leviers de négociation, même si ces montants ne sont pas contentieux.

De la même façon, certains entrepreneurs, anticipant un tel scénario dans le règlement des différends, cherchent à gonfler le montant de leurs réclamations pour se laisser une confortable marge de manœuvre pour la « négociation »³² finale. Ils seront aussi tentés d'utiliser tous les événements et changements émis en cours de projet pour justifier des réclamations pour frais de retard et manque de productivité, en s'appuyant sur des experts en réclamations et une multitude d'études sur le sujet.

C'est là l'escalade typique des conflits de construction qui ne sont pas gérés en temps opportun.

Par conséquent, l'entrepreneur et le donneur d'ouvrage ont tous deux intérêt à souscrire à cette approche proactive qui veut que les différends se règlent au fur et à mesure de l'avancement des travaux dans des délais raisonnables. De cette façon, le donneur d'ouvrage pourra mieux contrôler ses coûts et empêcher que l'entrepreneur « échafaude » une réclamation qu'il présentera à la fin des travaux. L'entrepreneur, quant à lui, n'aura pas à assumer le fardeau financier de travaux qu'il aura été obligé d'exécuter sans pouvoir se faire payer, réduisant ainsi sa motivation de charger un prime au risque dans le coût de ses réclamations.

Les seuls intervenants qui ont démontré, en entrevue, un manque d'intérêt pour une telle approche, sont certains représentants des professionnels du projet.

Leur réticence peut toutefois s'expliquer par le fait que la plupart des différends rencontrés en cours d'exécution de contrat trouvent leur source dans leurs plans et devis qui sont, soit incomplets, mal coordonnés ou défectueux. Qui plus est, non seulement ces professionnels ne sont souvent pas payés pour analyser et négocier les réclamations des entrepreneurs mais, pire encore, certains d'entre eux s'en voient déduire le coût, par leurs clients donneurs d'ouvrage, à même le paiement de leurs honoraires.

Notons, finalement, que le Comité canadien des documents de construction (CCDC) reconnaît, dans sa formulation du contrat à forfait type CCDC 2-1994³³, la nécessité de régler les différends à l'intérieur de délais très stricts, pendant l'exécution des travaux.

En fait, ce contrat prévoit qu'un médiateur de projet doit être nommé dans les 30 jours de la conclusion du contrat et que le délai entre la conclusion du professionnel sur un différend et le moment où tel différend est soumis à la médiation ne doit pas être supérieur à 35 jours ouvrables. De même, il ne pourra pas s'écouler plus de 30 autres jours ouvrables avant qu'un arbitrage ait lieu, advenant l'échec de la médiation.

³² il existe une certaine croyance chez certains donneurs d'ouvrage à l'effet que les réclamations des entrepreneurs peuvent généralement se régler pour le tiers du montant réclamé

³³ Partie 8 – Règlement des Différends

d) L'intervention de tiers neutres.

Considérant que dans la majorité des contrats de construction, au Québec, il n'existe pas encore de recours intermédiaire entre la décision du professionnel du projet et l'arbitrage ou le procès d'un différend, la majorité des intervenants ayant participé à nos entrevues ont souhaité l'intervention d'une personne ou autorité autre qu'un membre de l'équipe de projet pour tenter de régler les différends.

Le principe étant, qu'en plus de l'apparent conflit d'intérêts du professionnel du projet, tel que décrit plus haut, même les autres protagonistes tels le chargé de projet de l'entrepreneur et celui du donneur d'ouvrage sont trop « collés » sur le détail et le quotidien du projet pour avoir le recul et l'objectivité nécessaires pour suggérer des solutions créatives et novatrices. Sans compter les autres sources principales des différends de construction que sont les conflits de personnalités et les manques ou problèmes de communication parmi les membres de l'équipe de projet.

Il existe un large consensus chez les entrepreneurs qui exigent, depuis plusieurs années maintenant, que les donneurs d'ouvrage incluent des clauses de médiation telles celles des contrats type CCDC dans leurs contrats. Nous verrons même, plus loin, que certains entrepreneurs semblent dorénavant pousser davantage pour l'imposition d'un processus d'arbitrage de griefs selon le modèle britannique.

Quant à eux, les donneurs d'ouvrage publics semblent, a priori, favoriser un mécanisme interne par lequel le différend serait soumis, soit à un service de réclamations « indépendant » de celui chargé de l'exécution du projet ou alors à une autorité hiérarchique supérieure au sein de l'organisme ou alors même à une combinaison des deux mécanismes précédents. C'est le cas, par exemple du secteur des réclamations du Ministère des Transports du Québec.

Voici comment l'ingénieur Pierre Caron, responsable de ce secteur, décrivait son rôle dans une allocution en 2006³⁴ :

« On peut donc noter une indépendance administrative avec les directions générales territoriales et la Direction générale des infrastructures et des technologies. On évite de la sorte que le Secteur des réclamations soit associé de près ou de loin à la conception et à la réalisation des travaux qui pourraient être l'objet de litiges dans un cadre contractuel. Cette indépendance décisionnelle est également primordiale pour conserver la crédibilité du secteur des réclamations auprès des entrepreneurs qui se prévalent de la procédure de réclamation. De par sa situation dans l'organisation, le Service de la gestion contractuelle (Secteur des réclamations) conserve son « imputabilité » en rapport avec les recommandations faites aux autorités du Ministère relativement aux propositions de règlement à l'amiable. »

et plus loin, en décrivant le processus de traitement des plaintes, l'ingénieur Caron poursuit ainsi :

« Il (Secteur des réclamations) agit comme conciliateur en faisant ressortir les points communs entre la position de chacune des parties. Il peut assumer un rôle de médiateur en tentant de faire se rapprocher les parties par une vision des choses sous un angle différent.

³⁴ L'administration des changements et le règlement des différends au ministère des transports, 5^e Journée d'étude sur les réclamations sur contrats, Université Laval, Montréal, 23 février 2006

.....
Il est à noter que pour remplir son mandat de façon entière, le secteur exerce son rôle d'arbitre en prenant une position sur chaque point de litige. L'exercice de ce rôle d'arbitre est basé sur la prépondérance de l'argumentation apportée par chacune des parties, les documents contractuels, la jurisprudence, les règles de l'art, les us et coutumes de la construction et les critères usuels développés par le secteur, le tout dans un esprit d'équité.

.....
Le fait pour les entrepreneurs de pouvoir régler certains griefs en équité se traduit souvent par de meilleurs prix soumissionnés et donc une économie de fonds publics.

.....
Finalement, dans le cas où la proposition finale est refusée, il incombe au réclamant d'entreprendre des procédures judiciaires pour faire valoir ses droits ».

en guise de conclusion, il cite les statistiques suivantes :

« Au cours des dix dernières années, le nombre de réclamations reçues a été de 56 en moyenne, représentant un montant annuel de 15,4 M\$ tandis que le nombre de propositions acceptées a été de 43, représentant un montant annuel de montants acceptés de 4,2 M\$. Le montant accordé de 4,2 M\$/année représente environ 35%³⁵ du montant réclamé de 12 M\$/année. Le montant réclamé de 12 M\$/année est relatif aux cas réglés seulement.

.....
Quelques cas font annuellement l'objet d'un règlement hors cour tandis que l'exception fait l'objet d'un jugement. Historiquement un à deux dossiers par année se terminent par un jugement de cour non contesté. »

Un autre exemple de mécanisme institutionnel est le Conseil de règlement des différends contractuels (CRDC), instauré par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), lequel est responsable des activités suivantes :

- « Le Conseil de règlement des contrats (CRC) : Le CRC est un organisme d'examen indépendant qui règle les différends soumis par les entrepreneurs relativement à des réclamations de coûts supplémentaires dans le cadre de contrats de biens et de services conclus avec TPSGC ».
- « Le Conseil consultatif de règlement des différends contractuels (CCRDC) : Le CCRDC est un comité d'examen indépendant qui règle les différends contractuels de façon rapide et informelle (arbitrage non exécutoire). Il s'occupe principalement des contrats de construction et de consultants en architecture et génie. Une réunion du CCRDC est convoquée lorsque le ministre reçoit et accepte une demande de la part des entrepreneurs ou des consultants ».

À notre connaissance, le secteur des réclamations du Ministère des transports du Québec est le seul organisme de règlement des différends institutionnel des donneurs d'ouvrage québécois auquel les entrepreneurs peuvent soumettre un différend.

Certains donneurs d'ouvrage publics québécois prévoient la possibilité pour les entrepreneurs insatisfaits du règlement de leurs différends par leur chargé de projet de le soumettre à son supérieur hiérarchique. C'est le cas de la Société d'énergie de la Baie James (art.19C des conditions générales) de même que l'équipe de projet de modernisation

³⁵ d'où la perception à l'effet que les entrepreneurs s'accommodent généralement du tiers de leurs réclamations.

des Centres hospitaliers universitaires de Montréal CHUM, CUSM et CHU Sainte-Justine du Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec (art.28.1 conditions générales)

Les autres donneurs d'ouvrage principaux, tels la Corporation d'hébergement du Québec et la Société immobilière du Québec, font appel à des ressources internes et parfois même à des experts externes pour analyser et évaluer les réclamations des entrepreneurs et fournir le support à leurs chargés de projet qui demeurent, en toute instance, au contrôle exclusif des négociations avec les entrepreneurs jusqu'à ce que les avocats du contentieux internes interviennent. Bien qu'aucun recours formel à un niveau hiérarchique supérieur ne soit prévu dans les contrats de ces donneurs d'ouvrage, il arrive que les entrepreneurs s'adressent directement aux supérieurs des chargés de projet pour tenter de dénouer une impasse dans leurs négociations au niveau du projet.

Le contrat à forfait type CCDC 2 -1994 consacre le principe de faire intervenir un tiers neutre dans le règlement des différends par l'obligation, par les parties, de nommer un médiateur de projet, dès la conclusion du contrat. Ce médiateur « doit être impartial, être indépendant des parties, être un médiateur commercial expérimenté et, de préférence, résider ou exercer sa profession à l'endroit où se trouve l'emplacement de l'ouvrage et bien connaître le sujet en question et l'industrie de la construction. Avant d'accepter sa nomination, le médiateur pressenti doit présenter aux parties une déclaration écrite affirmant qu'il n'a aucun intérêt personnel en jeu dans l'affaire et qu'il n'a connaissance d'aucune circonstance qui pourrait laisser croire à un parti-pris ou à un manque d'objectivité de sa part ». ³⁶

Bien que les professionnels du projet (architectes et ingénieurs) accueillent généralement favorablement l'intervention d'un niveau hiérarchique supérieur des donneurs d'ouvrage dans le règlement des différends, il est facile de comprendre que certains d'entre eux puissent résister à l'introduction de tiers experts neutres qu'ils pourraient voir comme une atteinte à leur autorité traditionnelle de maître d'œuvre sur un projet.

Il n'en demeure pas moins, cependant, que la grande majorité des différends survenant sur un projet de construction continuent à être réglés par la négociation directe entre les entrepreneurs et les professionnels du projet, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir des tiers.

e) Le rôle souhaité des tiers.

Même chez les donneurs d'ouvrage qui sont ouverts à la possibilité de faire appel à de véritables tiers neutres et indépendants pour les aider à régler leurs différends, là où il semble se creuser un fossé de plus en plus profond entre leurs attentes et celles de certains entrepreneurs est dans le rôle que seraient appelés à jouer de tels tiers.

En effet, certaines associations d'entrepreneurs souhaiteraient que soit incluse aux contrats de construction publics l'obligation pour les parties de soumettre, avant l'exécution des travaux contentieux, le règlement de leurs différends à des adjudicateurs indépendants dont la décision exécutoire ne pourrait être contestée qu'à la fin des travaux du projet, le tout selon le modèle d'arbitrage de griefs de la loi britannique *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*.

³⁶ Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction conclus selon les contrats CCDC, (art 5.3 et 5.4) CCDC 40, 2005

Cette position repose essentiellement sur le manque de confiance viscéral qu'ont ces entrepreneurs quant à la volonté réelle des donneurs d'ouvrage publics de régler leurs différends de façon équitable et expéditive. Dans un tel contexte, ils leur est difficile de croire qu'un processus de médiation fondé sur la seule bonne volonté de chacune des parties et dont le médiateur n'a aucune autorité décisionnelle puisse leur procurer la solution recherchée.

Les donneurs d'ouvrage publics, eux, ont beaucoup de difficulté à accepter qu'un tiers, autre qu'un juge ou un arbitre encadré par un processus juridique, puisse décider, en cours de projet, de l'attribution de deniers publics pour se voir finalement possiblement renversé, en fin de projet, alors que les sommes auraient déjà été versées à l'entrepreneur.

Lorsqu'ils font appel à des intervenants externes, ces donneurs d'ouvrage favorisent des médiateurs dont le rôle est d'assister les parties dans leur négociation, tout en dégagant des pistes de solutions possibles. Ils prévoient souvent, dans leur convention de médiation, qu'advenant une impasse dans les discussions des parties, celles-ci puissent, d'un commun accord, demander au médiateur de formuler une recommandation de règlement à laquelle elles ne seraient pas liées.

C'est d'ailleurs le modèle d'intervention préconisé par les *Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction conclus selon les contrats CCDC*³⁷.

Il y est prévu que « le médiateur de projet aide les parties à cerner les points sur lesquels ils s'entendent et ceux sur lesquels ils ne s'entendent pas, à explorer des solutions de rechange et à examiner les compromis ou accommodements acceptables » (art. 9.4).

L'article 11.3 prévoit de plus que « lorsqu'il est mis fin à la médiation sans qu'un accord soit intervenu, les parties peuvent convenir de demander au médiateur de projet de formuler une recommandation de règlement, laquelle, éventuellement, ne lierait pas les parties ».

f) Mécanismes de règlement souples et efficaces

Désabusés des processus lourds, interminables et énergivores que représentent le procès et même dorénavant l'arbitrage, les acteurs de l'industrie sont unanimes dans leur recherche de mécanismes de règlement souples, expéditifs et économiques.

L'objectif recherché est de permettre un échange libre (sans être limité par les règles de preuve et la procédure) et direct (entre toutes les parties ayant une connaissance personnelle des éléments de l'affaire, accompagnées ou non de leurs avocats) de toute l'information utile au règlement du différend, de façon strictement confidentielle, sans préjudice aux droits des parties et à leurs recours ultérieurs éventuels.

Tout comme elles sont habituées à le faire dans la réalisation de leurs projets, les parties veulent pouvoir choisir le processus le mieux adapté à leurs besoins et en contrôler le déroulement, l'échéancier et les coûts.

Pour les assister dans ce processus, elles préfèrent retenir les services d'un intervenant qui connaît bien leur domaine et à qui elles peuvent demander une évaluation objective, en caucus pendant le processus, ou à titre de recommandation si elles arrivent à une impasse dans leur négociation.

³⁷ voir référence à la note 36

5. Mécanismes de prévention et de règlement des différends (PRD) spécifiquement adaptés à l'industrie de la construction

C'est précisément en réponse aux besoins mentionnés dans le chapitre précédent que, dès le début des années 1980, les acteurs américains de l'industrie de la construction ont développé, sous l'impulsion de leurs différents niveaux de gouvernement, des modes de PRD spécifiquement adaptés à leur industrie.

Ces différents modes furent désignés par l'acronyme DART (*Dispute Avoidance and Resolution Techniques*). Ils ont été utilisés dans le cadre de projets internationaux et ainsi adoptés par d'autres pays.

Ces modes gravitent tous autour du concept de l'intervention de tiers neutres, experts en construction et en résolution de conflits, dans toutes les phases d'un projet de construction, de sa planification à sa clôture, et dont la fonction est de prévenir les conflits et, le cas échéant, de les régler en fonction du mandat que leur auront donné les parties, soit de les assister dans leur négociation et/ou d'émettre une opinion par laquelle elles accepteront d'être liées ou pas.

Ces différents modes se distinguent entre eux en fonction du degré de contrôle que souhaitent préserver les parties dans le règlement de leur propre différend. Plus elles accordent un pouvoir décisionnel au tiers, plus elles acceptent de lui céder le contrôle.

Selon ce critère, le partenariat et la médiation se distinguent des *dispute review boards* (DRB) qui eux-mêmes se différencient des *dispute adjudication boards* (DAB) et du modèle d'arbitrage de griefs britannique. En principe, ni le partenariat ni la médiation ne produisent une opinion du tiers alors que le but des autres modes mentionnés est précisément celui d'en obtenir une qui, dans le cas des DRB seulement, ne sera pas exécutoire.

Essentiellement, par l'introduction des DART, les acteurs de l'industrie ont estimé que le « *dispute resolution ladder* » traditionnel à deux niveaux (décision du professionnel du projet suivie de l'arbitrage et/ou procès) ne convenait plus aux exigences de plus en plus complexes et sophistiquées des projets de construction modernes. Ils ont alors introduit des paliers d'intervention, en amont et en aval de la décision du professionnel de projet, selon un *continuum* par lequel l'arbitrage et/ou le procès représente véritablement une solution de dernière instance.

En amont, on retrouve le partenariat alors qu'en aval se situent la médiation, l'évaluation neutre non contraignante (*standing neutral, dispute review board*) puis l'évaluation neutre contraignante (arbitre de griefs britannique et *dispute adjudication board*).

Une particularité de ces modes est justement leur approche proactive au règlement des différends. Il ne s'agit plus d'attendre que les travaux du projet soient terminés pour intervenir. Le règlement se fait « en temps réel » dès que surviennent les différends. En fait, certains de ces modes prévoient que des tiers sont nommés dès le début du projet, qu'ils restent en « standby » durant toute la durée du projet, en étant régulièrement informés de son déroulement, de façon à pouvoir intervenir rapidement et efficacement dès qu'un différend leur est soumis. Il s'agit du médiateur de projet, le « standing neutral » ou les *dispute review / adjudication boards*.

Quant aux modes adjudicatifs susmentionnés, ceux-ci visent à se distinguer de l'arbitrage en favorisant des règles de procédure et de preuve beaucoup plus souples et en se concentrant davantage sur la recherche de faits et les arguments techniques que sur le droit.

a) Le partenariat (« *partnering* »)

Mise de l'avant à la fin des années 1980 par le « US Army Corps of Engineers », il s'agit d'une méthode de prévention des conflits faisant appel à une équipe multidisciplinaire lors de l'exécution d'un projet.

Il cherche à développer l'esprit d'équipe en mettant l'emphase sur le projet, auprès de firmes qui n'ont pas nécessairement d'expérience commune et dont l'association est imposée, dans le secteur public, par le système d'octroi du contrat au plus bas soumissionnaire. Ne modifiant en rien le contrat établi entre les parties, il vise à établir et faciliter la communication entre les intervenants du projet.

Considéré comme une étape essentielle de la planification d'un projet, le partenariat a pour but de;

- renforcer les équipes de travail;
- éliminer les obstacles organisationnels à une franche communication, à tous les niveaux;
- permettre un accès libre et complet à l'information;
- développer une attitude constructive face aux problèmes rencontrés;
- identifier les objectifs communs;
- identifier les obstacles potentiels et proposer des solutions;
- former et responsabiliser le personnel de première ligne dans la résolution rapide du plus grand nombre de problèmes possible;
- assurer une responsabilité conjointe pour le maintien, l'amélioration et l'entretien de la relation de partenariat;
- permettre l'écriture d'une charte qui devient le code d'éthique des membres de l'équipe afin d'assurer la bonne marche du projet.

Le processus commence normalement avec l'introduction de clauses dans le cahier des charges, qui précisent l'intention du propriétaire de mettre en place une forme de partenariat impliquant une étroite collaboration entre le donneur d'ouvrage, l'entrepreneur, les sous-traitants, les fournisseurs et les professionnels. À cet effet, le propriétaire choisit et paie un ou des facilitateurs externes chargés de l'implantation et du suivi de ce processus. L'atelier de partenariat se déroule le plus tôt possible après la signature des contrats, mais avant le début des travaux de construction.

Pour identifier et examiner les problèmes potentiels qui pourraient survenir au cours du projet en question, un facilitateur rencontre, séparément, le donneur d'ouvrage et son représentant sur le chantier, les professionnels du design, l'entrepreneur et ses sous-traitants. Cette information est utilisée afin de planifier l'atelier de partenariat.

En se fondant sur les principes et les procédures établies à cet atelier, les participants rédigent un document exprimant leur volonté de maintenir une bonne collaboration et des relations cordiales tout au long du projet, d'agir de bonne foi et de favoriser un climat de travail harmonieux et un climat de confiance. Cette charte, un simple contrat moral, est signée par les participants, accompagnée d'une photo du groupe et distribuée à tous les bureaux de chantier.

Lorsque les problèmes surviennent, il peut être tentant de retomber dans ses vieilles habitudes de confrontation. C'est pourquoi le mandat accordé au facilitateur comprend normalement une ou deux rencontres pendant la réalisation du projet pour faire le point avec les participants et pour les aider à mettre en pratique ce qu'ils ont appris durant l'atelier.

Selon des études et sondages menés par le *Construction Industry Institute* (CII) américain, en 1994³⁸, il existe une corrélation directe entre l'augmentation de confiance sur un projet et la réduction des coûts et des délais d'exécution. Le sondage révèle que 90% des répondants ont affirmé que le partenariat avait amélioré la qualité du projet. Toujours selon cette étude, 5 projets en partenariat d'une valeur totale de 492 M\$ avaient généré des épargnes moyennes de 7% et parmi 30 projets en partenariat d'une valeur totale de 684 M\$, 83% ont été complétés avant ou à la date prévue.

Bien qu'une étude³⁹ réalisée par l'Université Concordia de Montréal, en 1996, sur l'utilisation du partenariat sur 10 projets de construction réalisés Québec, indiquait des résultats tout aussi positifs, et que 80% des répondants disaient souhaiter participer à d'autres projets utilisant le partenariat, rares sont les projets où ce processus a été utilisé depuis les dernières années.

Madame Guay⁴⁰ anticipait cette situation lorsqu'elle décrivait, en 1997, les principaux obstacles à l'implantation de ce processus pourtant prometteur. Voici comment elle s'exprimait sur la résistance au changement;

« La résistance au changement en constitue l'obstacle majeur. L'approche « partnering » implique une transparence et un partage d'information auxquels plusieurs résistent encore à se soumettre. Les valeurs reliées au vieil adage qui dit que « l'information, c'est le pouvoir » sont difficiles à faire basculer. »

Les autres obstacles identifiés par madame Guay étaient l'absence de joueurs-clés à l'atelier initial de « partnering », le taux de roulement trop élevé au sein de l'équipe, la fluctuation dans l'engagement des cadres supérieurs et le manque d'expérience ou d'habiletés pour le travail en équipe.

Nos entrevues ont, quant à elles, révélé une méconnaissance générale du processus par la grande majorité des participants et, lorsqu'informés des grandes lignes de son fonctionnement, un certain scepticisme quant à son potentiel réel.

b) La médiation

Tel que vu précédemment, la médiation est le processus qu'a choisi par le Comité canadien des documents de construction (CCDC), pour rajouter un palier entre la décision du professionnel de projet et l'arbitrage et le procès, dans le *dispute resolution ladder* prévu à ses contrats type.

³⁸ *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004, (www.adr.org)

³⁹ *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits: la prévention par le "partnering"*, Nicole Guay, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais 1997

⁴⁰ voir note 32

Rappelons que le CCDC est un comité mixte composé de représentants de l'Association canadienne de la construction, l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, du Comité des conseils d'architecture du Canada, du Conseil canadien des ingénieurs et de Devis de Construction Canada.

En 2004, c'est aussi une clause de médiation que les mêmes acteurs québécois de la construction réunis au sein du comité construction de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) demandaient aux donneurs d'ouvrage publics d'inclure dans leurs contrats.⁴¹

Les *Règles de médiation pour les différends relatifs aux contrats de construction conclus selon les contrats CCDC*⁴² définissent la médiation comme un « processus entièrement volontaire et exempt de tout risque, dans lequel une personne neutre aide des parties qui sont en différend à négocier leur propre règlement. Le médiateur les incite à la communication, les aide à cerner les points sur lesquels elles s'entendent et ceux sur lesquels elles ne s'entendent pas, et s'efforce de les amener à un règlement ».

Nous avons déjà vu que les particularités de la médiation des différends de construction choisie par le CCDC sont;

1. l'obligation de nommer un médiateur de projet, dans les 30 jours de la conclusion du contrat (art. CG 8.2.1 du contrat CCDC 2-1994);
2. les délais très courts entre la conclusion du professionnel, l'avis de différend, le début et la durée de la médiation (arts CG 8.2.2 à 8.2.5 du contrat CCDC 2-1994);
3. l'expertise en construction du médiateur parmi les qualifications requises (art. 5.3 des *Règles de médiation*);
4. possibilité d'une recommandation de règlement de la part du médiateur (art. 11.3 des *Règles*).

Le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, dans sa *Politique sur les marchés*⁴³, préconise un processus de médiation résolument évaluative en matière de différends relatifs aux marchés de construction (art.13.3). En effet, il spécifie que :

1. « le rôle du médiateur est de faire des recommandations sur le niveau de responsabilité et sur le montant des dommages-intérêts » (art.13.3.2);
2. « il est préférable de recourir à des médiateurs qui connaissent bien les pratiques et les marchés relatifs aux travaux de construction et qui ont de l'expérience de l'analyse des contestations » (art.13.3.3);
3. « l'accord de médiation devrait donner au médiateur le pouvoir de se former des opinions, de tirer des conclusions et de faire des recommandations sur les points en litige. Le processus ne devrait pas être assujéti aux procédures judiciaires, telles les règles de preuve, et le médiateur devrait pouvoir communiquer avec les employés de l'entrepreneur et de l'État et avoir accès aux renseignements que possèdent les deux parties » (13.3.4);
4. « l'accord de médiation devrait disposer le médiateur à :

⁴¹ *Une solution aux conflits relies aux travaux de construction*, Mémoire de l'IMAQ, 26 janvier 2004

⁴² CCDC 40, 2005

⁴³ *Politique sur les marchés*, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, modifiée au 7 septembre 2006

- a. fonder ses opinions, constatations, conclusions et recommandations sur les dispositions du marché;
- b. fournir des calculs à leur appui;
- c. présenter aux deux parties, dans les délais prévus par l'accord, un rapport écrit comprenant ses conclusions et recommandations finales ». (13.3.5)
- 5. « les parties ne peuvent se faire représenter par des avocats » (13.3.7);
- 6. « des mémoires doivent être présentés au médiateur » (13.3.9);
- 7. « chaque partie peut faire entendre des témoins et produire les documents qu'elle estime nécessaires pour justifier ses prétentions » (13.3.9 a)

Le processus tel que décrit ci-haut ressemble à celui d'une évaluation neutre tel que celui du *dispute review board* que nous verrons plus loin.

En effet, à des niveaux plus ou moins élevés, les modèles de médiation retenus par le CCDC et le gouvernement fédéral pour les différends de construction sont des modèles de médiation dite « évaluative ».

Un étude⁴⁴ réalisée entre 1990 et 1992 auprès de 155 représentants canadiens de l'industrie de la construction par un spécialiste en gestion de projet du département de génie civil de l'Université de Calgary, F.T. Hartman, a conclu à l'opportunité du recours à un modèle de médiation « proactive » afin d'établir un meilleur processus de passation de contrats dans le domaine.

Selon ce modèle, le médiateur serait un tiers neutre choisi conjointement par l'entrepreneur et le donneur d'ouvrage, il serait un praticien de la construction expérimenté et formé en médiation et négociation raisonnée telle qu'enseignée par Ury et Fisher. Il participerait à toutes les réunions de chantier afin de déceler tout problème potentiel et à en encourager la discussion et le règlement, autant que possible. Si un problème subsiste à la fin des réunions de chantier, le médiateur conviendrait avec les parties d'une date ultérieure où il devra être traité et réglé. S'il ne l'est toujours pas à cette date, une médiation formelle tenterait de le résoudre à défaut de quoi le médiateur émettrait une décision qui lierait les parties jusqu'à ce que les travaux du projet soient complétés. Ce n'est qu'à ce moment ultime que les parties pourraient se prévaloir des moyens juridiques pour contester cette décision, le cas échéant.

D'autres auteurs ont repris sensiblement le même modèle en mettant l'emphasis sur la nécessité de nommer un médiateur qu'ils qualifiaient de « embedded mediator », reprenant ainsi le terme avec lequel on qualifie ces journalistes qui accompagnent les soldats dans leurs opérations de combat.

Le caractère évaluatif de la médiation, qui semble être celui prédominant pour les acteurs de la construction, est évident dans ce processus que la littérature qualifie de *fact-based mediation*⁴⁵. Selon ce processus, le médiateur procède à une analyse complète des faits et des questions contentieuses entre les parties, leur position respective ainsi que toute la preuve et la documentation pertinente. Après quoi, il émet un rapport détaillé et confidentiel à chaque partie contenant son opinion de même que sa recommandation. Hormis pour le

⁴⁴ *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995

⁴⁵ *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Feniosky Pena-Mora, Carlos E. Sousa, D. Sean McCone, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003

montant du règlement suggéré, son rapport n'est pas nécessairement le même pour chaque partie. Il ne propose pas une solution unique au différend mais explore, dans chaque rapport, les différentes options de règlement.

Dans le sondage qu'elle a mené auprès de 150 professionnels de la construction, des ingénieurs, entrepreneurs généraux, architectes, représentants de donneurs d'ouvrage, arbitres et avocats, l'*American Association of Arbitration (AAA)*⁴⁶ révèle que près de 90% des répondants disent avoir déjà eu recours à un processus de PRD, le plus commun étant l'arbitrage suivi de la médiation.

c) L'évaluation neutre ou impartiale.

Reprenons ici la définition que l'on retrouve dans le Manuel relatif au règlement des conflits publié par le Ministère de la Justice du Canada⁴⁷:

« L'évaluation impartiale est un mécanisme de règlement des conflits, se trouvant à mi-chemin entre la médiation et la décision exécutoire, qui peut être utilisé de façon indépendante ou être intégré à d'autres mécanismes de règlement des conflits comme la médiation. L'évaluation impartiale est un processus dans le cadre duquel les parties ou leur procureur présentent leur cause à un tiers impartial (qui est généralement un professionnel⁴⁸ chevronné et respecté possédant une expertise dans le sujet en litige) qui donne une évaluation raisonnée et non exécutoire⁴⁹ sur le bien-fondé de l'affaire en question. Ce mécanisme combine des éléments d'un mécanisme de prise de décision et d'un mécanisme non-décisionnel. Au cours du processus, le tiers impartial peut être invité à faire office de médiateur ou d'animateur (dans le sens de «facilitator»).

L'objectif primordial de l'évaluation impartiale est de rendre les litiges moins onéreux pour les parties à un conflit en abaissant les coûts engagés avant procès et en améliorant la procédure préalable au procès. L'évaluation impartiale tente d'éviter les pièges propres au litige, tels que l'omission des avocats et de leurs clients d'évaluer leur dossier rapidement, les actes de procédure «silencieux» et les interrogatoires préalables superflus ou imprécis, qui entraînent des frais et des délais prohibitifs. Bien que l'évaluation impartiale puisse englober des discussions de règlement, elle a essentiellement pour objet de contribuer à la fois à la progression du dossier et au processus de règlement.

L'évaluation impartiale a d'abord été conçue pour tenir lieu d'outil de gestion de dossiers. Elle a été établie pour donner aux parties une occasion efficace et significative de communiquer rapidement au sujet de leur conflit; de les amener, ainsi que leur avocat, à se rencontrer rapidement pour clarifier les questions litigieuses et déterminer au sujet de quelles questions ils s'entendent; et d'évaluer de façon réaliste les forces et les faiblesses relatives de leurs positions, ce qui favorise les règlements rapides. Les parties à un conflit ont généralement un parti pris naturel en faveur de leur propre position et il arrive fréquemment qu'elles soient incapables d'évaluer objectivement la légitimité de la position de l'autre partie; or, l'évaluation impartiale leur fournit une évaluation rapide, fiable et

⁴⁶ *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

⁴⁷ *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, 29 novembre 2005

⁴⁸ le texte du Ministère mentionnait un avocat

⁴⁹ nous verrons plus bas que certaines formes d'évaluation impartiale mènent à une décision exécutoire

impartiale de leur situation. L'évaluation impartiale repose, pour l'essentiel, sur une séance d'évaluation d'un conflit informelle, confidentielle, impartiale et brève ».

En matière de conflits de construction, cette évaluation impartiale prend généralement la forme de comités de règlement des différends, composés d'un ou plusieurs *standing neutrals*, que la littérature désigne comme des *dispute resolution boards*. Ces « boards » sont, à leur tour, divisés en ***dispute review boards*** (DRB) ou en ***dispute adjudication boards*** (DAB), selon que l'évaluation qui en résulte est une recommandation non-contraignante ou une décision exécutoire.

Ces « boards » sont généralement créés dès le début du projet, font partie de l'équipe de projet et ils restent en place pendant toute la durée de celui-ci. Composés d'un ou de trois experts indépendants que l'on garde régulièrement informés du déroulement du projet, les « boards » aident de manière informelle les parties à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution des travaux et émettent des recommandations (ou des décisions) concernant tout différend que leur soumet l'une ou l'autre des parties.

La littérature sur le sujet⁵⁰ prévoit même que les recommandations des *dispute review boards*, même si elles ne lient pas les parties, puissent être mises en preuve dans tout recours subséquent, au cas où elles ne mèneraient pas à un règlement.

Le processus des « boards » se distingue de l'arbitrage en ce qu'il représente plutôt une procédure d'expertise qui a pour objet de fournir aux parties un rapport d'expert sur une question particulière de faits, technique ou d'interprétation de contrat. Ses règles sont plus souples que l'arbitrage et même dans le cas des *dispute adjudication boards*, leurs décisions ne sont pas finales et peuvent faire l'objet d'une contestation, en fin de projet.

Ce concept a été développé aux États-Unis, en 1974, suite à une étude mandatée par le *U.S. National Committee on Tunneling Technology* laquelle a fait l'objet d'un rapport intitulé *Better Contracting for Underground Construction*⁵¹. Il a été utilisé pour la première fois lors de la construction du tunnel Eisenhower de l'autoroute I-70 au Colorado et connu un succès retentissant qui l'amena à être implanté sur d'autres types de projet, par la suite.

Nous croyons pertinent de citer ici quelques commentaires formulés par la *Dispute Resolution Board Foundation* dans son recueil des meilleures pratiques en la matière ;

« The DRB process provides benefits to all participants on the construction project, and to the project itself. These benefits accrue in terms of both claim avoidance and resolution of disputes.

The primary benefit is claim avoidance. The very existence of a readily available dispute resolution process that uses a panel of mutually selected, technically knowledgeable and experienced neutrals familiar with the project tends to promote agreement on problems that would otherwise be referred to arbitration or litigation after a long and acrimonious period of posturing. Experience has demonstrated that the DRB process facilitates positive relations, open communication, and the trust and cooperation that is necessary for the parties to resolve problems amicably. There are several reasons for this result, including: (1) the parties are reluctant to posture by taking tenuous or extreme positions, because they do not

⁵⁰ *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007

⁵¹ voir note 49

want to lose their credibility with the Board members and (2) since the DRB encourages the prompt referral of disputes and handles disputes on an individual basis, the aggregation of claims is minimized, thus avoiding an ever-growing backlog of unresolved claims which can create an atmosphere that fosters acrimony.

From the owner's perspective, having a DRB on a construction project encourages on-going dispute resolution and minimizes end-of-the-contract claims. This permits the owner to more closely control the budget and avoid the high expense and unpredictability of post project litigation. In addition, a DRB recommendation documents the basis upon which the parties may reach resolution.

A DRB recommendation is especially helpful for public owners because frequently the decision to accept settlement of a dispute must be approved by a governing board such as a school board, city council, county board of supervisors, or other similar public governing board. A well-reasoned analysis of the dispute by a panel of neutral professionals with construction backgrounds provides credibility to support the public owner's decision to accept the DRB recommendation.

Although DRB practice provides for recommendations that are not binding on the parties, history shows that they are almost always used in reaching a resolution to the dispute. In the few instances where the dispute has progressed to subsequent proceedings, DRB recommendations have carried considerable weight because they were made by independent, experienced professionals, who had knowledge of the events as they occurred.

While a number of other methods for resolving disputes exist, none of them contain the added benefit of independent, experienced professionals who visit the site during performance of the project. These other methods only start to address the problem after the dispute has been formalized, without the benefit of having followed development of the project. This may be after the project has been completed and the participants have scattered, retired or even passed away.

Le modèle des DAB est celui adopté par la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC) dont les contrats-type sont ceux régissant la plupart des grands ouvrages internationaux. Il l'est aussi par la Banque Mondiale ainsi que pour la Chambre de commerce internationale qui préconise également le modèle des DRB.

C'est aussi, en quelque sorte, le modèle institutionnel d'arbitrage de griefs adopté par la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* britannique qui ne prévoit, cependant, l'intervention d'un arbitre de griefs qu'au moment où un différend lui est soumis et non pas pendant toute la durée du projet.

La *Dispute Resolution Board Foundation* explique que des « boards » sont généralement implantés sur des projets d'une valeur de 10 M\$ et plus et que leur coût varie entre 0.05% du coût de construction final, pour un projet sans trop de réclamations, jusqu'à un maximum de 0.25% pour des projets difficiles avec plusieurs réclamations.

d) Conclusion

Les mécanismes décrits dans cette section sont les principaux développés, ailleurs, par les acteurs de l'industrie de la construction pour répondre à leurs besoins en matière de règlement de différends. Il existe plusieurs autres variations et même des combinaisons de ces modèles.

L'*American Association of Arbitration*⁵² mentionne que son sondage révèle une compréhension croissante chez les desdits acteurs à l'effet que chaque projet a ses caractéristiques propres qui exigent, des parties qui y sont intéressées, qu'elles explorent des processus faits sur mesure pour gérer et résoudre les différends.

À l'exception de la médiation, nos entrevues ont confirmé que tous ces autres modes de PRD sont largement inconnus des la plupart des acteurs québécois de la construction.

En 2006, le comité construction de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) entreprit de réviser, de concert avec tous ses partenaires originaux de l'industrie, son mémoire de 2004 par lequel il préconisait la médiation seulement, pour refléter l'évolution de ces modes de PRD dans l'industrie de la construction d'autres pays et les inclure dans son mémoire révisé.

Ces différents modèles sont présentement étudiés par le Secrétariat du Conseil du trésor du Québec dans son projet de règlement régissant les contrats de construction publics sus mentionné.

6. Relevé des causes, perçues par les acteurs québécois de l'industrie de la construction, expliquant le retard et/ou la résistance à l'implantation des modes de PRD au Québec.

Ces causes se divisent en deux catégories; celles structurelles reliées à la nature de l'industrie de la construction et communes à tous les acteurs, et celles propres à chacun des acteurs.

a) Causes structurelles reliées à l'industrie de la construction.

Comme nous l'avons vu dans notre chapitre traitant des déficiences systémiques de l'industrie de la construction, plusieurs études ont été réalisées, au cours des dix dernières années, aux États-Unis, en Angleterre, au Canada et, dernièrement, au Québec sur l'innovation dans l'industrie de la construction.

La plupart des facteurs qui y ont été relevés comme constituant des obstacles à l'innovation pourraient également expliquer la difficulté d'implantation de ces modes « innovants » de règlement de conflits que sont les PRD.

En effet, il existe un mouvement, incarné par une école de gestion canadienne,⁵³ à l'effet de ne pas limiter la définition de l'innovation aux seules avancées technologiques et à la recherche et développement mais aussi à ce qu'elles appellent la « service innovation », elle-même plus représentative de l'économie de services qu'est devenue l'économie canadienne par opposition à l'économie manufacturière qu'elle était jadis.

La définition suivante de l'innovation, que donne cette école, nous paraît tout à fait appropriée dans le contexte du changement que représente l'implantation des PRD dans l'industrie de la construction au Québec;

⁵² *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004

⁵³ *Centre of Excellence and Innovation Management*, Schulich Executive Education Centre, York University, Toronto

“The successful application of new ideas to the real challenges that affect what and how an organization delivers to meet its strategic objectives. Innovation is an outcome. It is created by innovative thinking in a climate that supports innovation”. Innovation is recognized today as a critical element in any organization’s planning. It is seen as a key to greater productivity, greater profitability and sustainable organizational success. Yet many organizations find it elusive, despite their best intentions. The fact is that without new learnings, systems, processes and tools it too frequently remains an aspiration rather than a practical corporate competency. The knowledge/information age has accelerated change, creating demand for new and better thinking and new and more adapted organizations. However, there are currently few practical and trusted external resources available for organizations to help them improve innovation in a systematic and comprehensive way”.

Ces freins à l’innovation, relevés dans l’industrie de la construction, se résument ainsi;

- Manque de leadership du gouvernement
- Manque de politique cohérente des différents paliers de gouvernement
- Résistance au changement
- Culture de l’affrontement typique de l’industrie
- Vision à court terme des intervenants
- Divergence des intérêts et objectifs des intervenants
- Équipes de projet faibles
- Processus d’approvisionnement de gestion inadéquats
- Répartition inéquitable des risques
- Industrie fragmentée, investissements insuffisants et faibles marges de rentabilité
- Manque de connaissances et de formation, qualifications des intervenants insuffisantes
- Mauvaise image de l’industrie
- Caractère cyclique de l’industrie

b) Manque de leadership du gouvernement québécois

L’historique du développement des modes de PRD dans l’industrie de la construction révèle le rôle crucial joué par l’État comme agent de changement. C’est suite aux initiatives de certains donneurs d’ouvrage publics que le *partnering* et les *dispute review boards* ont vu le jour aux États-Unis.

En Ontario, la médiation civile et commerciale n’est plus considérée comme une méthode « alternative » de règlement des différends depuis que le gouvernement ontarien a décidé de la rendre obligatoire, en 1999.

Tel que mentionné plus haut, le Comité directeur national pour l’innovation en construction (CDNIC) reconnaissait le rôle que devaient jouer les différents niveaux de gouvernement au Canada en matière d’innovation.

Une des recommandations principales de la Commission du droit du Canada formulée dans son rapport de 2003 sur la justice participative⁵⁴ visait précisément le rôle proactif des gouvernements afin de faciliter l’élaboration de programmes participatifs de règlement de

⁵⁴ *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003

conflits. Elle recommandait également que les gouvernements « continuent de fournir activement des processus participatifs de résolution des conflits dans leurs institutions, dans leurs litiges avec les citoyens et dans la passation de services de règlement de conflits ». Qu'ils « établissent des partenariats avec les centres de recherche sur la justice participative existants et les collectivités qui ont un intérêt pour la justice participative afin de stimuler l'échange de renseignements et de pratiques exemplaires et d'éduquer le public à l'égard des initiatives de justice participative ». Et finalement « que, dans l'élaboration de nouveaux programmes sociaux ou économiques, les gouvernements cherchent à y intégrer des processus de justice participative, en vue de régler les différends entre citoyens ou entre citoyens et gouvernements, assortis des mesures de protection adéquates ».

C'est ainsi que le gouvernement canadien, par le biais de son Ministère de la Justice, a établi en avril 1992, les Services de règlement des différends (SRD)⁵⁵ travaillant à la prévention et à la gestion des différends. Son mandat consiste à être un centre d'excellence en matière de RD au Canada. Son rôle est de promouvoir une compréhension accrue du RD et d'aider à intégrer le RD dans les politiques, les activités et les pratiques des ministères et agences du gouvernement du Canada, des sociétés d'État, des tribunaux administratifs et autres organismes administratifs fédéraux, ainsi que des tribunaux fédéraux. Les SRD offrent toute une gamme de services, notamment :

- Conseils sur l'évaluation impartiale, la médiation, l'arbitrage et d'autres options de RD;
- Formation sur la négociation raisonnée, la médiation et le rôle de l'avocat en matière de RD;
- Conception de systèmes, notamment analyse des besoins, pratiques exemplaires et appui à l'évaluation de projets.

Le gouvernement du Québec, quant à lui, semble avoir joué, jusqu'à présent, un rôle plutôt réactif que proactif en matière de prévention, gestion et règlement des différends contractuels. En effet, c'est suite à une grande campagne médiatique sur la médiation civile et commerciale, orchestrée par l'IMAQ et appuyée par de nombreux groupes professionnels et d'affaires, que le Ministère de la justice québécois a lancé ses quelques initiatives promotionnelles en faveur de la médiation civile et commerciale, en 2002 et 2003.

Actuellement, c'est suite aux fortes pressions exercées sur lui par les différentes associations des entrepreneurs (Corporation des entrepreneurs généraux du Québec, Association de la construction du Québec, Association de constructeurs de routes et grands travaux du Québec), dans un contexte où le gouvernement s'apprête à faire des investissements majeurs dans ses infrastructures (projets hydroélectriques, ponts et chaussées, hôpitaux universitaires etc..) que le Secrétariat du Conseil du trésor envisage finalement d'inclure des clauses de règlement extrajudiciaires dans les contrats de construction publics.

c) Manque de formation en PRD

Nos entrevues ont révélé qu'à l'exception de l'arbitrage et de la médiation, les acteurs québécois de l'industrie de la construction n'ont presque aucune connaissance des autres modes de PRD développés par leur industrie ailleurs. Et même que très souvent, ils confondent médiation et arbitrage.

⁵⁵ http://www.justice.gc.ca/fr/ps/drs/drs_programs.html

Les professionnels qui œuvrent dans l'industrie de la construction sont principalement des ingénieurs, des architectes, des gestionnaires de projets professionnels et des avocats.

Les facultés de génie, d'architecture et même de droit des universités québécoises n'offrent aucune ou alors une formation très limitée en prévention et règlement des différends au niveau du premier cycle. Seule la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke offre une formation de deuxième cycle en PRD. Même ces écoles, telles l'École de technologie supérieure de l'Université du Québec et le *Department of Building, Civil & Environmental Engineering* de l'Université Concordia, qui ont des programmes spécifiquement destinés à l'industrie de la construction, et l'UQAM qui a un programme de second cycle en gestion de projet, n'offrent aucun cours en PRD.

Dans son rapport précité⁵⁶, la Commission du droit du Canada préconisait la consolidation d'une culture participative en recommandant que les « collèges et universités canadiennes, en particulier les facultés de droit, continuent d'élargir et d'encourager l'enseignement des processus participatifs aux étudiants en droit ». Elle recommandait aussi que « les barreaux provinciaux continuent de veiller à ce que les programmes de formation continue offrent aux avocats une formation en justice participative et qu'ils encouragent tous leurs membres à suivre une telle formation. L'aptitude à conseiller les clients sur la pertinence d'opter pour un processus participatif, à préparer les clients à un tel processus et à les y représenter doit être considérée comme une compétence professionnelle essentielle. »

Dans sa *Politique sur le règlement des conflits*⁵⁷ le Ministère de la Justice du Canada identifiait la formation comme le deuxième engagement prioritaire (après le leadership) auquel il souscrivait afin de rencontrer ses objectifs. En faisant rapport sur les réalisations de son ministère à ce chapitre, en 1998, le sous-ministre Thomson listait les initiatives suivantes;

« Nous avons donné une formation à 631 employés du ministère de la Justice et à 81 représentants des ministères clients sur les diverses techniques de règlement des différends, notamment la négociation raisonnée, la médiation et la rédaction de clauses de contrat.

Dans le cadre de notre engagement permanent en matière de formation, nous avons élaboré un cours, pour les avocats plaideurs, qui englobe les éléments relatifs à la négociation raisonnée et à la médiation. Ce cours a été offert au Bureau régional du Québec à Montréal.

Dans le cadre d'un cours intensif de deux semaines sur la médiation, nous avons formé 105 fonctionnaires de divers ministères et agences pour agir à titre de médiateurs dans les cas de conflit ou de harcèlement en milieu de travail, à l'appui de la politique du Conseil du Trésor en la matière et de celle de la Justice intitulée Pour un milieu de travail à l'abri des conflits et du harcèlement.

*Nous avons élaboré un module de sensibilisation juridique au règlement des différends qui sera donné par les avocats de la Justice à tous les ministères et organismes intéressés. Le module a été conçu pour donner aux participants une vue d'ensemble des techniques de règlement des différends, en insistant sur la négociation raisonnée. »*⁵⁸

Le règlement extrajudiciaire des différends est généralement un sujet abordé de façon relativement marginale, lors des conférences annuelles (Insight, Canadian Institute) traitant

⁵⁶ voir note 52

⁵⁷ <http://www.justice.gc.ca/fr/ps/drs/dr/dm1892.html>

⁵⁸ <http://www.justice.gc.ca/fr/ps/drs/dr/att252.html>

des réclamations de construction et destinées à tous les intervenants de l'industrie. La grande majorité des conférenciers sont des avocats et des consultants en réclamations qui entretiennent, à grands frais, leur auditoire sur la prévention, la préparation et l'analyse des réclamations de construction. Certains acteurs prétendent même que ces conférences ne font qu'alimenter une industrie lucrative des litiges de construction qui ne profite qu'aux avocats et aux consultants en réclamations de construction.

Cependant, il est intéressant de noter le contraste entre ces conférences traditionnelles et le sujet d'un forum d'une journée devant avoir lieu prochainement, à Montréal, et qui s'intitule *Innover par la collaboration dans le secteur de l'industrie de la construction* axé autour du thème « *La Collaboration = Clé du succès des pratiques innovantes* ». Ce forum est organisé par un groupe de formation en bâtiment, Contech, et le groupe de pratique en construction du *Project Management Institute* (PMI). Les conférenciers sont tous des gestionnaires de projets, des professionnels de la construction et des constructeurs.

d) L'imputabilité des frais de litige

Un autre facteur qui pèse lourd dans la décision d'avoir recours à des modes de PRD est la détermination de celui qui assume les frais de litige.

En effet, un des incitatifs à l'utilisation des PRD que le gouvernement fédéral a utilisé est précisément celui d'imputer au budget des différents ministères et organismes clients tous les frais reliés à la défense des réclamations résultant de leurs opérations.

Avant la mise en place de cette politique, les gestionnaires publics ne se souciaient pas de tels coûts puisqu'ils étaient assumés par le Ministère de la Justice à même un budget différent du leur. Ainsi les coûts de litiges ne venaient pas nuire à l'évaluation de leur capacité de réaliser des projets à l'intérieur de leurs budgets.

Dans le même esprit, certains assureurs en responsabilité professionnelle offrent une réduction du déductible de leurs polices d'assurance à tous les clients qui auront accepté de soumettre leur différend à un processus de médiation.

e) Manque de confiance

Pour que les parties à un conflit se sentent à l'aise de participer à un mode consensuel de règlement des différends, il faut qu'il existe une certaine confiance en l'autre. Or, il existe certains préjugés coriaces parmi plusieurs acteurs de la construction qui rendent illusoire le recours à ces modes de PRD.

Par exemple, il existe encore beaucoup de représentants de donneurs d'ouvrage et de leurs professionnels, architectes et ingénieurs, qui sont convaincus que les entrepreneurs en construction sont foncièrement malhonnêtes et qu'ils s'ingénient à trouver tous les moyens possibles et inimaginables pour tenter de se soustraire à leurs obligations contractuelles, à attribuer à d'autres la responsabilité de leurs propres manquements et à se faire payer des montants auxquels ils n'ont aucun droit.

De même, bien des entrepreneurs sont convaincus que la plupart des gros donneurs d'ouvrage, surtout ceux publics, abusent de leur pouvoir pour masquer leur incompétence et/ou négligence et cherchent à financer leurs déficits budgétaires sur le dos des entrepreneurs. Ils n'ont pas plus confiance aux professionnels du projet qu'ils considèrent

très souvent comme de faibles incompetents asservis aux impératifs financiers de leurs clients.

f) Facteurs culturels

Les facteurs culturels propres au Québec expliquent aussi la réticence à recourir à des modes de PRD de certains acteurs de l'industrie.

Par exemple, certains sont d'avis que la majorité des entrepreneurs québécois (petites entreprises avec moins de 6 employés) souffrent encore du complexe du subalterne, surtout face à l'autorité que représente le donneur d'ouvrage public. Non seulement ils auraient le réflexe naturel d'évitement face au conflit mais, en plus, ils n'auraient pas l'assurance suffisante pour s'engager dans un processus dont ils devraient conserver le contrôle plutôt que de le céder à un tiers, surtout un juge, qui déciderait du litige pour eux.

De la même façon, plusieurs donneurs d'ouvrage publics, fidèles à une conception désormais dépassée de l'autorité, auraient beaucoup de mal à considérer ces mêmes entrepreneurs comme leurs partenaires dans la réalisation des projets et résisteraient farouchement à tout processus de règlement des différends qu'ils percevraient comme un effritement inutile de leur autorité.

Le faible niveau général de professionnalisme des acteurs, déploré par les études sur le manque de capacité d'innovation de l'industrie québécoise, pourrait également expliquer leur réaction davantage émotive aux conflits, laquelle est souvent caractérisée par l'escalade irrationnelle des engagements qui trouve son apogée dans la judiciarisation du litige.

Cette émotivité, souvent associée au caractère latin des québécois, pourrait aussi expliquer le fait que les modes de PRD ont davantage pris racine dans des juridictions anglo-saxonnes où il existerait une culture d'affaires établie depuis plus longtemps.

Finalement, il est difficile d'imaginer contraste plus grand que celui existant entre l'esprit d'*entrepreneurship* inhérent aux constructeurs et le caractère bureaucratique d'un gestionnaire public de contrat de construction. Alors que le premier vise principalement la productivité nécessaire à la réalisation de ses objectifs financiers, le deuxième cherche d'abord et avant tout à préserver son statut en tentant de satisfaire à toutes les exigences bureaucratiques imposées par son organisme.

Cette différence peut également expliquer leur divergence d'intérêts dans la recherche du mode de règlement le plus approprié au différend.

g) Manque de collaboration

Tel que mentionné précédemment, toutes les études de la dernière décennie sur l'industrie de la construction, ici comme ailleurs, sont unanimes à conclure que la collaboration est un facteur essentiel à la réussite de tout projet de construction.

Elles constatent que le manque d'une équipe de projet forte et intégrée explique la majeure partie des problèmes systémiques qui affligent cette industrie et qui la rendent si peu productive et hautement conflictuelle.

Tous les modes de PRD, que la Commission du droit du Canada regroupe d'ailleurs sous le vocable de « justice consensuelle », reposent sur le principe fondamental de la collaboration.

À partir du concept de *partnering* dont l'objet est précisément celui de former une équipe de projet forte, en passant par le choix du mode de PRD approprié, du tiers neutre et l'esprit nécessaire pour la réussite du mode choisi, la collaboration est l'ingrédient essentiel des modes de PRD.

Il est donc évident que l'évolution des PRD dans l'industrie de la construction du Québec sera intimement liée à cette prise de conscience des acteurs locaux et aux efforts qu'ils déploieront pour augmenter la collaboration dans la réalisation de leurs projets.

h) Cadre contractuel

Nous avons vu que le cadre contractuel prédominant au Québec, actuellement, ne prévoit que l'arbitrage comme mode de PRD. Le fait que le contrat CCDC 2-1994, prévoyant le recours à la médiation, n'est pratiquement pas utilisé au Québec, est en soi révélateur.

Plusieurs acteurs interrogés voient l'insertion de clauses de PRD dans les contrats de construction publics comme une étape essentielle au rétablissement d'une certaine forme d'équilibre contractuel pour faire contrepoids à ce pouvoir extraordinaire qu'ont les donneurs d'ouvrage d'imposer unilatéralement des changements à leurs contrats sans qu'ils aient négocié une entente quant à leurs conditions.

Reste à voir quels changements nous réserve le projet de règlement présentement à l'étude par le Secrétariat du Conseil du trésor du Québec.

Il est certain que si de telles clauses de PRD devaient être incluses dans les contrats principaux entre le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur général, il faudrait également qu'elles le soient dans les sous-contrats entre les entrepreneurs généraux et ses sous-traitants de façon à éviter que l'entrepreneur général, poursuivi par un de ses sous-traitants, soit obligé de faire de même avec le donneur d'ouvrage, dans les cas où ce dernier est concerné par le litige.

Le gouvernement du Québec a annoncé son intention d'entreprendre de plus en plus de projets importants d'infrastructures publiques selon la méthode de partenariat public privé (PPP). Au moins cinq projets majeurs, deux autoroutes, deux hôpitaux universitaires et une salle des concerts, ont été lancés, à ce jour, au Québec. Ce concept même de partenariat est une réponse aux besoins de consolidation et de collaboration de l'équipe de projet, et il s'harmonise tout à fait bien avec l'introduction de modes de PRD dans ces projets.

i) Les conférences de règlement à l'amiable (CRA)

Depuis l'introduction, en 2002, des articles 151.14 à 151.23 au Code de procédure civile, le législateur québécois permet aux parties qui en font la demande de soumettre leur litige à un juge qui agit alors comme médiateur dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable. Ce processus ne peut cependant être engagé qu'après qu'une partie a intenté un recours judiciaire.

Bien qu'il n'existe pas de statistiques sur l'utilisation et le taux de succès de ce processus en matière de litiges de construction, le taux de succès général, tout type d'affaires civiles et

commerciales confondues, annoncé par la magistrature, est de l'ordre de 80%. Tout récemment, d'ailleurs, un litige de construction majeur relatif au toit du stade olympique, qui impliquait un nombre important de parties et qui perdurait depuis de nombreuses années, a été réglé à l'amiable, suite à une CRA présidée par un juge de la Cour supérieure pendant quelques jours.

Il n'existe pas de consensus sur l'opportunité d'un tel processus auprès des avocats qui pratiquent en droit de la construction et plusieurs autres acteurs de l'industrie qui y ont participé.

Il est certain que si la CRA est le seul mode de règlement des différends que les parties auront tenté avant le procès, il est facile de comprendre leur frustration. À ce moment, elles auront déjà dépensé beaucoup de temps et d'argent en frais légaux et d'expertises. En fait, les CRA ne peuvent pas répondre aux besoins largement documentés des acteurs de la construction qui sont le traitement « en temps réel » et efficace de leurs différends par des tiers experts dans le domaine.

Or même si les CRA interviennent beaucoup trop tard, il n'en demeure pas moins qu'elles restent une alternative intéressante au procès de longue durée qui est généralement le propre des litiges de construction.

Les médiateurs en matières civiles et commerciales s'accordent généralement pour dire que l'introduction des CRA a eu pour effet de détourner les parties de la médiation privée en partie parce qu'elles n'ont pas à assumer les frais du juge médiateur. Considérant que dans un litige classique de construction, les frais du médiateur ne représentent qu'une partie très mineure des frais, ce seul avantage ne suffirait pas, selon moi, à justifier qu'une partie ignore les autres modes de PRD au profit des CRA.

Cependant, il est possible qu'une partie qui n'aurait connu que la CRA comme modèle de médiation soit peu enclin, pour les raisons de « tordage de bras » mentionnées plus haut, à tenter l'expérience d'une médiation privée conduite selon le modèle développé par les acteurs mêmes de l'industrie de la construction et qu'un tel phénomène pourrait expliquer, chez certains, la réticence à s'engager dans un véritable mode de PRD.

j) Causes propres aux donneurs d'ouvrage.

Ces causes peuvent varier selon les différents types de donneurs d'ouvrage.

De façon générale, les donneurs d'ouvrage privés favorisent davantage les PRD que ceux publics puisqu'ils répondent mieux à leurs impératifs en termes de budget et d'échéancier et qu'ils n'ont pas à se plier aux exigences de transparence et de reddition de comptes publics.

Il devrait, en principe, y avoir plus de chances que les donneurs d'ouvrage professionnels de la construction soient au courant des PRD et qu'ils soient en mesure d'en apprécier les bénéfices par opposition à ceux qui ne construisent qu'occasionnellement.

Ceux qui œuvrent dans le bâtiment sont appelés à travailler avec un plus grand nombre d'intervenants et de plus petite taille que ceux qui réalisent des ouvrages de génie civil et de routes. Les problèmes rencontrés peuvent aussi être plus nombreux et plus variés dans le bâtiment que dans les autres travaux. La valeur monétaire des conflits auxquels font face les donneurs d'ouvrage en génie civil et routes est cependant généralement plus grande que celle des conflits résultant de travaux de bâtiments.

Considérant que les travaux publics représentent la plus grande part de travaux de construction réalisés au Québec et que ce secteur est reconnu comme étant le plus contentieux, notre étude s'est concentrée principalement sur les donneurs d'ouvrage publics.

i. Préférence pour les processus internes de gestion de conflits.

Comme nous l'avons vu précédemment dans le cas du Ministère des Transports du Québec, les donneurs d'ouvrage publics hésitent à confier à des tiers indépendants, autres que des juges, le mandat de les assister dans le règlement de leurs différends, et encore moins celui de les trancher.

Ils se sentent plus confortables de garder le contrôle du processus en confiant à leurs fonctionnaires, quitte à les regrouper au sein de services internes « indépendants », la responsabilité d'analyser les réclamations des entrepreneurs et de tenter de négocier une entente à l'amiable, voire même d'intervenir comme « médiateurs » entre leurs gestionnaires de projet et les entrepreneurs puis, finalement, comme « arbitres », lorsque nécessaire.

Si ce processus interne devait échouer, ces donneurs d'ouvrage ne semblent pas voir l'opportunité d'avoir recours à un autre mode de résolution de conflits impliquant de véritables tiers neutres. Il est possible qu'après avoir épuisé leurs moyens de vérification internes, ces gestionnaires se sentent suffisamment couverts pour justifier de laisser qu'un tribunal leur impose, éventuellement, sa solution.

Il existe, chez plusieurs gestionnaires publics, cette perception qu'ils n'ont pas besoin de tiers pour leur montrer comment gérer leurs conflits, qu'ils ont toute l'expérience, les connaissances et les ressources nécessaires pour les gérer eux-mêmes. Ils perçoivent donc les tiers comme des intrus dont ils peuvent très bien se passer, faisant ainsi abstraction du souhait des entrepreneurs d'une plus grande objectivité du processus.

D'autres craignent que l'introduction des PRD pourrait avoir comme effet de porter ombrage à leur performance comme gestionnaires. Plutôt que de risquer de se faire attribuer un blâme suite à un processus de PRD, ils préfèrent « noyer le poisson dans l'eau » en retardant le plus possible la résolution du problème, idéalement après les années que requiert un processus judiciaire.

Certains croient même pouvoir rehausser leur statut auprès de leur employeur en montrant qu'ils sont capables de freiner l'appétit insatiable des entrepreneurs en leur refusant le plus grand nombre possible de réclamations, indépendamment de leur légitimité.

ii. Résistance au changement

Dans tous les domaines et dans toutes les organisations, les PRD impliquent un changement de culture. À plus forte raison dans le domaine litigieux de la construction et dans de grandes organisations bureaucratiques, telles les donneurs d'ouvrage publics.

Même lorsque la haute direction de ces institutions publiques reconnaît la nécessité des PRD, elle admet qu'un des obstacles principaux à son implantation est la résistance interne de leurs gestionnaires aux changements d'attitude et de façons de faire qu'ils impliquent.

Cette même haute direction croit cependant que les départs à la retraite massifs entrepris, depuis l'an 2000, dans la fonction publique, de même qu'une formation accrue de la relève pourra favoriser les changements de culture nécessaires à une meilleure implantation des PRD.

iii. Transparence dans la gestion des fonds publics

Un argument qui est souvent invoqué par les gestionnaires publics pour expliquer leur refus de recourir aux PRD est l'impératif de la transparence de leur gestion des fonds publics. Cet impératif ne pourrait, selon eux, s'accommoder du principe fondamental de confidentialité inhérent aux processus de PRD.

Comme les PRD en construction ont presque toujours comme résultat que le donneur d'ouvrage soit appelé à déboursier un montant d'argent, ce donneur d'ouvrage doit pouvoir expliquer à une autorité supérieure, ou même au vérificateur général, selon le cas, les raisons ayant motivé telle conclusion.

Rappelons, toutefois, que ces modes de PRD ont été institués, en premier, par des donneurs d'ouvrage publics aux États-Unis, lesquels avaient sûrement les mêmes contraintes de gouvernance en matière de fonds publics.

Ma propre expérience de médiation avec des donneurs d'ouvrage publics a été à l'effet que le représentant du donneur d'ouvrage, généralement un procureur, préparait un rapport confidentiel interne expliquant les détails du montant du règlement, pour fins d'autorisation par les instances internes. En d'autres occasions, les donneurs d'ouvrage conviennent avec l'autre partie de demander une recommandation écrite du médiateur, à l'issue de la médiation, pour servir comme document justificatif, lorsque requis.

Voici d'ailleurs comment s'exprime le *Dispute Resolution Board Foundation*⁵⁹ à ce sujet :

"A DRB recommendation is especially helpful for public owners because frequently the decision to accept settlement of a dispute must be approved by a governing board such as a school board, city council, county board of supervisors, or other similar public governing board. A well-reasoned analysis of the dispute by a panel of neutral professionals with construction backgrounds provides credibility to support the public owner's decision to accept the DRB recommendation".

iv. Préoccupation pour l'impact social des conflits

Une contrainte propre aux donneurs d'ouvrage publics et qui devrait militer en faveur de l'adoption des PRD, est l'impact que peut avoir sur la société une gestion inefficace des conflits.

De la même façon que l'annonce de projets publics procure un capital politique important au gouvernement, leur réalisation et conclusion dans un climat litigieux peut être une source majeure d'embarras pour l'autorité responsable. Le cas de la construction de la papetière Gaspesia en est un exemple récent.

⁵⁹ *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 (www.drbbf.org)

En effet, les projets publics agissent comme moteur économique auprès d'une multitude de petites entreprises et dans des régions où les autres activités économiques sont rares. Une mauvaise gestion des conflits sur ces projets peut provoquer la faillite de plusieurs petits entrepreneurs et fournisseurs provoquant ainsi la mise à pied de nombreux travailleurs avec des conséquences économiques désastreuses dans certaines régions.

Il n'est d'ailleurs pas rare de voir des entrepreneurs impayés sur de tels projets faire des pressions auprès de la classe politique et des médias pour obtenir compensation.

v. Budget de contingences inadéquat

Nous avons déjà identifié ce facteur comme étant une source majeure de conflits dans la réalisation de travaux de construction. Si, comme mentionné, les budgets alloués pour un projet sont souvent insuffisants pour compenser les changements survenant en cours d'exécution, il ne faut pas se surprendre du refus des donneurs d'ouvrage d'avoir recours à des modes qui en faciliteraient le règlement de façon expéditive.

Qui plus est, comme la planification des projets est souvent insuffisante et qu'un plan de risques est rarement élaboré en avant-projet, il est difficile pour les donneurs d'ouvrage de prévoir le nombre et la fréquence des changements à survenir.

Lors de leurs entrevues auprès des gestionnaires représentant les donneurs d'ouvrage de 165 projets de construction publics faisant l'objet de leur étude, les chercheurs du groupe CIRANO⁶⁰ en ont rencontré un grand nombre qui se disaient convaincus, en débutant leur projet, qu'aucun changement n'allait être émis durant sa phase de construction.

Voici comment ils s'exprimaient relativement au manque de planification constaté chez les donneurs d'ouvrage ayant fait l'objet de leur étude :

« À l'exception d'un, les donneurs d'ouvrage indiquent ne pas avoir fait une analyse de risques avant la réalisation des projets, et les fournisseurs ne se sentent pas responsables d'une telle démarche. Plusieurs explications ont été fournies :

- Les donneurs d'ouvrage semblent gérer essentiellement les risques administratifs à travers des procédures administratives établies. Les autres types de risques ne les préoccupent pas.*
- L'administration publique a peu de compétences en gestion des risques.*
- Les donneurs d'ouvrage sont animés par des sentiments d'urgence, mais souhaitent minimiser les dépenses, ce qui les incite à négliger les aspects intangibles des projets. En plus, les responsables de projets sont préoccupés par les aspects techniques des projets et rarement par leurs aspects stratégiques. Les risques, les intérêts des détenteurs d'enjeux, les études de faisabilité sociopolitique, les impacts socioéconomiques ne reçoivent pas toujours l'attention nécessaire.*
- Puisque les professionnels et entrepreneurs ne sont pas concernés par les étapes de la planification des projets, ils sont complètement déresponsabilisés concernant les impacts des projets et les risques qui en découlent ».*

Et plus loin;

⁶⁰ *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique, Analyse des grands projets réalisés au Québec*, Document présenté au Secrétariat du Conseil du trésor par CIRANO, Chebil, Castonguay, Miller, mai 2006

« Les donneurs d'ouvrage sont conscients qu'ils devraient anticiper et gérer les risques puisqu'ils en sont responsables, mais ils n'ont pas les moyens de le faire. En outre, ils font peu appel à la collaboration des professionnels et entrepreneurs pour développer des stratégies pour pallier les risques, que ce soit en amont ou en aval de leur manifestation. Les négociations entre les entrepreneurs et les donneurs d'ouvrage semblent se résumer aux aspects reliés aux changements dans les plans. Plusieurs projets ont démarré sans que les plans et devis ne soient complétés. Les contrats signés ne pouvaient donc pas porter sur un projet complet. Il en résulte de nombreux addendas et souvent de nombreuses réclamations. Puisque ce constat se répète, les entrepreneurs qui ont de l'expérience l'ont compris et ont systématisé leurs processus de réclamation. Les donneurs d'ouvrage, qui ont souvent peu d'expérience en gestion de projet de construction, n'anticipent pas cette problématique et sont surpris par le phénomène. Les entrepreneurs interviewés se protègent en mettant en place à l'interne des procédures précises et balisées pour gérer les négociations avec les responsables du projet. Avant même le début de la construction, ces procédures sont en place pour (1) détecter les changements qui seront demandés, (2) spéculer sur leur impact et (3) recourir systématiquement à des demandes d'indemnisation. Le processus est rodé et les entrepreneurs semblent bien le maîtriser. »

Ainsi, dans le mémoire qu'il déposait, le 22 novembre 2007, lors son audience devant les membres de la Commission des finances publiques dans le but de commenter le projet de loi no.32 favorisant la gestion rigoureuse des infrastructures publiques et des grands projets, le Vérificateur général du Québec, monsieur Renaud Lachance, s'exprimait ainsi :

« Je suis aussi d'avis que l'étape de planification des grands projets est une étape cruciale qui mérite une attention particulière. Trop souvent, nous avons constaté que cette étape a été escamotée, ce qui a eu des conséquences néfastes par la suite. Je considère qu'à cette étape il est de toute première importance que les décideurs puissent compter sur des dossiers étoffés et complets. »

Le Vérificateur général du Québec disait appuyer ses constatations sur les vérifications qu'il avait effectuées sur les projets de prolongement du métro à Laval, sur la gestion des projets de construction à la Corporation d'Hébergement du Québec (CHQ) et au ministère de la Santé et des Services sociaux (MSSS) et le nouveau siège social de la Caisse de dépôt et placements du Québec.

Plutôt que de demander, à la pièce, des allocations budgétaires additionnelles, à chaque fois que se présentent des réclamations, certains donneurs d'ouvrage choisissent de les accumuler jusqu'à la fin des travaux et de les négocier, alors, de façon globale, afin de ne soumettre qu'une seule demande de budget additionnel. Ils n'auraient, par conséquent, rien à faire de modes de PRD appliqués « en temps réel », dans des délais raisonnables, pendant les travaux. D'autant plus qu'entretemps, ils peuvent faire appliquer les clauses de leurs contrats qui obligent les entrepreneurs à exécuter les travaux sous protêt.

Certains avocats interrogés lors de nos entrevues ont exprimé l'opinion que l'introduction de modes de PRD applicables en cours d'exécution des travaux, qu'ils soient adjudicatifs ou non, pourrait avoir pour effet souhaitable de forcer les donneurs d'ouvrage et leurs professionnels, à investir davantage dans leur planification d'avant-projet ainsi que dans l'élaboration d'un plan réaliste de gestion des risques, le tout afin d'éviter d'avoir à justifier constamment des demandes de budgets additionnels pour donner suite aux recommandations ou décisions issues des processus de PRD.

h) Causes reliées aux professionnels du projet (architectes/ingénieurs).

De façon générale, les professionnels du projet sont d'accord avec la mise en œuvre de modes de PRD sur leurs projets.

Tel que mentionné précédemment, ils faisaient partie du Comité canadien des documents de construction (CCDC) lorsque celui-ci a développé ses modèles de contrat incluant une clause de médiation de même que les règles la régissant.

Ils ont également joint l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) dans sa campagne de 2002 sur l'insertion d'une clause de médiation dans les contrats publics de construction. L'association des architectes en pratique privée du Québec (AAPQ) s'est cependant dissociée du mémoire révisé de l'IMAQ de 2006 dans lequel ce dernier rajoutait les *dispute review boards* comme mode additionnel de PRD possible.

En fait, les deux causes qui ont été invoquées par certains professionnels, lors de nos entrevues, comme pouvant faire obstacle à l'implantation de modes de PRD, sont la redondance avec leur rôle de premier arbitre des différends sur les projets et la crainte que de tels modes de PRD incitent les entrepreneurs à présenter des réclamations qu'ils n'auraient autrement pas présentées.

En fait, comme nous l'avons vu précédemment, la décision du professionnel du projet est traditionnellement la première étape de la *dispute resolution ladder* prévue dans tous les contrats de construction. Même s'ils conçoivent qu'ils peuvent être perçus comme en situation de conflits d'intérêts, certains professionnels avancent que, dans la mesure où leurs clients les soutiennent adéquatement, ils peuvent continuer à jouer leur rôle de premier arbitre des différends contractuels de façon tout à fait objective, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à des tiers. Ils en ont pour preuve qu'ils ont traditionnellement réussi, malgré tout, à négocier la grande majorité des différends directement avec les entrepreneurs, à la satisfaction de toutes les parties.

Selon eux, l'introduction de tiers ne ferait qu'alourdir le processus et, par conséquent, les coûts. Pire encore, elle viendrait perturber l'équilibre des relations entre les membres de l'équipe de projet en minant leur autorité autrement indispensable pour le contrôle du projet.

Le soutien de leurs clients auquel ils réfèrent est d'abord et avant tout la valorisation de leurs services par une rémunération adéquate. Ils déplorent la tendance de certains donneurs d'ouvrage de choisir leurs professionnels selon des critères autres que leur compétence. Puis, ils invoquent la prolifération des professionnels mandatés par certains donneurs d'ouvrage pour réaliser les travaux, souvent pour des raisons purement politiques, ce qui a pour effet de diluer leur responsabilité en tant que maîtres de l'ouvrage.

Enfin, certains d'entre eux croient sincèrement que l'établissement, dès le début du projet, d'un comité permanent de règlement des différends qui demeurerait en place jusqu'à la fin des travaux (les *dispute resolution boards*), représenterait une invitation explicite aux entrepreneurs de tenter leur chance en soumettant des réclamations frivoles.

À ce sujet, la littérature est à l'effet que c'est le phénomène contraire qui se produirait. Il semble que dans bien des cas, les DRB institués sur des projets n'auraient eu aucun différend à trancher. Leur seule présence aurait constitué un incitatif au règlement pour les

parties qui ne voulaient pas prendre la chance de se retrouver avec une décision/recommandation négative.

Voici comme s'exprime la *Dispute Resolution Board Foundation* au sujet de cette préoccupation⁶¹;

« Since the effort and expense of submitting a dispute to a DRB are relatively small, it has been argued that a contractor might abuse the DRB process and utilize it to test the viability of seemingly marginal claims. Experience has shown that this has not been a significant factor, probably because most contractors do not want to face the loss of credibility with board members which would likely result from asking them to consider non-meritorious claims. »

Selon les statistiques de cette *Foundation*, 58% des projets qui comportaient de tels comités ont été complétés sans qu'aucun différend ne leur soit soumis.

Finalement, les professionnels du projet ne sont pas motivés à participer à des modes de PRD pour lesquels ils ne reçoivent aucune compensation additionnelle.

i) Causes attribuables aux entrepreneurs.

De façon générale, les entrepreneurs sont, de tous les acteurs de l'industrie, ceux qui favorisent le plus les modes de PRD et qui en sont les promoteurs les plus ardents. Ceci s'explique aisément par le fait que, dans le contexte des contrats où aucun différend ne peut justifier l'arrêt des travaux, y compris ceux faisant l'objet des différends, ce sont les entrepreneurs qui doivent en assumer le fardeau financier, jusqu'à ce que le différend soit réglé.

Tout comme pour les professionnels du projet, les associations d'entrepreneurs font partie du Comité canadien des documents de construction (CCDC) ayant adopté la médiation comme modes de PRD dans ses contrats type et elles se sont jointes à l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) pour promouvoir la médiation ainsi que les autres modes de PRD auprès des donneurs d'ouvrage du Québec.

Ce sont également ces mêmes associations qui font pression, actuellement, sur le gouvernement du Québec afin qu'il incorpore une clause de règlement des différends extrajudiciaire obligatoire dans tous ses contrats de construction.

Or, il existe une tendance de plus en plus marquée de la part de certaines de ces associations à ne plus considérer la médiation comme mode de PRD le plus approprié pour les conflits de construction. C'est l'absence d'autorité décisionnelle du médiateur qui leur pose problème. Selon ces entrepreneurs, il existe un rapport de force trop inégal entre eux et les donneurs d'ouvrage publics et leur méfiance des ces donneurs d'ouvrage est telle qu'ils ne croient pas en leur volonté réelle de régler. Ils craignent que la médiation ne soit utilisée que pour gagner du temps ou obtenir, des entrepreneurs eux-mêmes, les informations nécessaires pour mieux contester leurs réclamations. À moins qu'elle ne soit exécutoire, ces entrepreneurs doutent que l'opinion du médiateur, lorsqu'elle est demandée,

⁶¹ *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 (www.drbbf.org)

puisse influencer de quelque façon les décisions du donneur d'ouvrage qui ne veut pas ou ne peut pas payer.

Cette tendance est en opposition directe avec l'aménagement que les donneurs d'ouvrage publics s'approprient lentement à créer à la médiation comme mode de règlement dans leurs contrats. Alors que les donneurs d'ouvrage commencent à peine à envisager la médiation, certains entrepreneurs l'auraient déjà écartée au profit de processus adjudicatifs selon le modèle prévue par la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* britannique.

Il est donc possible que cette divergence sur le mode de PRD approprié puisse avoir comme conséquence involontaire de perpétuer le *statu quo* en matière de règlement des différends. Puisque les parties principales au contrat de construction ne s'entendraient pas sur le processus de règlement de leurs différends, ceux-ci perdureraient jusqu'à leur arbitrage, en fin de projet.

j) Causes relevant des avocats et conseillers juridiques.

L'évolution de la complexité et, par conséquent, du caractère litigieux de l'industrie de la construction a donné naissance, dans les années 1980, à un champ de pratique du droit nouveau; le droit de la construction. Alors que ce terme n'existait pas auparavant, a commencé à paraître toute une littérature à ce sujet, des cours ont été enseignés à l'université et des départements complets dédiés à cette pratique se sont formés dans plusieurs grands bureaux d'avocats.

Comme mentionné plus haut et tel qu'en témoignent les nombreuses conférences sur le sujet, les litiges de construction alimentent une industrie très lucrative d'avocats et conseillers en réclamations. Les auteurs Pena-Mora, Sosa et McCone⁶² l'évaluent à 5 milliards de dollars par année aux États-Unis (là même où les PRD sont bien implantés).

Les litiges de construction impliquent généralement des sommes d'argent considérables, un grand nombre de parties et d'experts, des procédures complexes, la nécessité de multiples interrogatoires au préalable et requêtes préliminaires, une preuve documentaire volumineuse et finalement des procès de longue durée. Il existe présentement un litige de construction devant les tribunaux, opposant la firme Foster Wheeler à la Ville de Montréal, lequel a occupé près de 300 jours d'audition.

En somme, toutes ces raisons qui ont amené les autres acteurs de l'industrie à rechercher des moyens plus efficaces de régler leurs différends, sont celles là même qui représentent une source de revenus importante pour les avocats qui en ont fait leur pratique.

D'emblée, il est donc facile de comprendre la raison pour laquelle certains d'entre eux n'auraient pas nécessairement le réflexe naturel de conseiller à leurs clients de s'investir dans un mode de PRD développé spécifiquement pour éviter les coûts de litige.

Voilà pourquoi une autre recommandation importante de la Commission du droit du Canada, dans son rapport sur la justice participative,⁶³ était que « les barreaux provinciaux passent en revue leur code de déontologie afin de s'assurer que les avocats comprennent bien le

⁶² *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Feniosky Pena-Mora, Carlos E.Sousa, D.Sea McCone, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003

⁶³ *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003

rôle de conseiller qui leur incombe dans le cadre des processus de justice réparatrice ou de justice consensuelle. Qu'ils veillent à ce que soit conférée aux avocats la tâche de discuter avec leurs clients des mesures de rechange à la justice accusatoire; à ce que les avocats prennent conscience de la vulnérabilité de certains clients dans ce genre de processus et agissent en conséquence; et à ce que les avocats comprennent que les fondements d'une participation efficace à ce genre de processus, notamment le respect de confidentialité ».

Or, le Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien prévoit que « l'avocat doit envisager les recours à des mécanismes extrajudiciaires pour régler les conflits et, le cas échéant, il doit informer son client des méthodes alternatives de résolution des conflits (M.A.R.C.) à sa disposition et si le client lui en donne l'instruction, il doit prendre les moyens nécessaires pour mettre en œuvre ces options ».

Il n'existe pas une telle disposition dans le Code de déontologie des avocats adopté en vertu de la Loi sur le Barreau et le Code des professions du Québec.

Tel que mentionné, le Barreau du Québec est actif dans sa promotion des modes extrajudiciaires de règlement des conflits. Parmi ses initiatives, il a constitué un comité permanent sur la justice participative, offre de la formation en médiation civile et commerciale, accrédite des médiateurs et publie des dépliants expliquant les différents modes de PRD. En novembre 2006, il organisa un colloque d'une journée, sous la présidence du juge en chef du Québec, l'Honorable Michel Robert, sur le thème de la justice participative et de la diversification de la pratique de l'avocat⁶⁴.

L'IMAQ a reçu une réaction positive du comité directeur de la section du droit de la construction de l'Association du Barreau canadien lorsqu'il lui a présenté son mémoire révisé de 2006 destiné à promouvoir l'utilisation des PRD auprès des donneurs d'ouvrage québécois.

Cet appui public des associations et ordre professionnel d'avocats ne semble cependant pas se concrétiser, dans la pratique, par une utilisation accrue des modes de PRD lorsqu'il s'agit de conflits de construction.

Les avocats pour qui ces PRD semblent s'inscrire plus naturellement dans leurs offres de services sont ceux qui œuvrent au sein de grands cabinets dont les services visent à répondre aux différents besoins juridiques de leurs clients d'affaires. Ils estiment que les honoraires qu'ils ne gagneront pas en réglant le différend de leur client en dehors des tribunaux seront largement compensés par la fidélisation d'un client satisfait.

Les avocats œuvrant au sein de « boutiques de litige » ne peuvent pas se permettre d'en faire autant, indépendamment des intérêts de leurs clients.

Les conseillers juridiques internes, vu leur mode de rémunération ainsi que leur proximité et leur rôle auprès de leurs clients, devraient, en principe, favoriser l'utilisation des PRD, dans la mesure toutefois qu'ils en connaissent suffisamment le fonctionnement.

Certains donneurs d'ouvrage publics nous ont indiqué que leurs conseillers juridiques se sentaient inconfortables avec les PRD en raison de leur méconnaissance de ces processus

⁶⁴ Développements récents en justice participative : La diversification de la pratique de l'avocat, Service de la formation continue du Barreau du Québec 2006, volume 259, Éditions Yvon Blais

et parce que ces processus ne leur apparaissaient pas suffisamment encadrés sur le plan juridique.

Rappelons, comme nous le faisons plus tôt, que les modes de PRD sont presque totalement inexistants dans l'enseignement de droit du premier cycle. Certains jeunes avocats, enthousiastes d'en développer une pratique, rapportent souvent s'être faits rappeler à l'ordre par leurs employeurs soucieux de leur faire remplir leur quota d'heures « chargeables ».

k) Rôle des assureurs et cautions.

Nous avons déjà mentionné que ce groupe d'acteurs, et plus particulièrement les assureurs en responsabilité professionnelle des architectes et ingénieurs, ont joué un rôle prédominant dans le développement des PRD pour l'industrie de la construction aux États-Unis.

La compagnie DPIC (Design Professional Insurance Company), maintenant nommée *XL Capital group*, a publié un dépliant intitulé *Mediation in the construction industry* lequel fait l'historique de sa propre expérience dans l'adoption de la médiation et son développement dans toute l'industrie.

Nous avons déjà mentionné que ces assureurs offrent même des incitatifs financiers à ceux de leurs clients qui acceptent d'utiliser la médiation pour régler leurs différends.

Le représentant d'une importante compagnie de cautionnement a déclaré souhaiter obtenir des évaluations impartiales d'experts indépendants dès le moment où il est appelé à intervenir en vertu d'un des ses cautionnements afin de pouvoir décider de la portée des ses engagements contractuels. En effet, les cautions se retrouvent souvent coincées entre le bénéficiaire du cautionnement qui réclame son intervention immédiate et son client entrepreneur qui nie être en défaut de son contrat.

Dans ses représentations au sein du comité de construction de l'IMAQ, l'Association canadienne de la caution (ACC), regroupant toutes les compagnies de cautionnement de la construction, a exprimé son opposition aux clauses d'arbitrage conventionnel obligatoire dans les contrats de construction, vu son caractère exécutoire et sans appel. Elle appuie cependant toutes les autres formes de PRD non contraignantes.

Or ces assureurs ne sont généralement pas impliqués dans la plupart des différends pouvant survenir dans la réalisation d'un projet. Ils ne le sont que lorsque la responsabilité professionnelle des architectes et ingénieurs est mise en cause ou lorsque survient un sinistre sur un chantier.

Ce n'est pas nécessairement le cas dans tous ces différends qui résultent de divergences dans l'interprétation des contrats ou qui résultent des changements. Par exemple, ces cas classiques de réclamations où l'entrepreneur prétend que ce qui lui est demandé n'est pas prévu à son contrat alors que le donneur d'ouvrage (via ses professionnels) prétend le contraire, puis le désaccord quant à l'évaluation d'un changement de même que son impact sur l'échéancier et la productivité de l'entrepreneur.

Même si les professionnels sont impliqués en tant que premiers arbitres désignés au contrat pour le règlement de ces différends, leur responsabilité professionnelle est rarement mise en cause, et ce même si le différend résulte d'une erreur ou omission dans leurs plans. Cela se

justifie par le fait que, dans presque tous ces cas, le donneur d'ouvrage dépend de la collaboration du professionnel dans sa défense contre la réclamation des entrepreneurs.

Les compagnies de cautionnement de construction sont tout aussi intéressées au règlement extrajudiciaire des différends par des moyens rapides et efficaces. Cependant, elles aussi n'interviennent que dans les cas exceptionnels où les entrepreneurs qu'elles cautionnent font défaut d'exécuter leurs contrats ou de payer leurs comptes.

Finalement, les représentants de ces deux groupes (assureurs et cautions), que nous avons interrogés, nous ont affirmé qu'ils n'avaient aucune influence auprès des donneurs d'ouvrage pour les convaincre d'inclure des clauses de PRD dans leurs contrats.

CONCLUSION

Les causes principales du retard accumulé au Québec dans l'implantation de modes de PRD pour la résolution des différends liés aux travaux de construction relèvent d'une part des déficiences systémiques propres à l'industrie de la construction et, d'autre part, du manque de leadership de la part de l'acteur principal de cette industrie au Québec, soit le gouvernement, qui agit à la fois comme autorité régulatrice et comme donneur d'ouvrage le plus important.

Les mêmes facteurs qui ont amené les gouvernements à investiguer, depuis les vingt dernières années, les déficiences systémiques à l'origine de l'absence d'innovation et du manque de productivité dans l'industrie de la construction sont ceux qui, à mon avis, expliquent, en grande partie, le retard de cette même industrie à se prévaloir des modes de PRD autres que l'arbitrage dans la résolution de ses différends, au Québec.

Alors que ces études ont débuté au début des années 1980 aux États-Unis et dans les années 1990 en Angleterre, elles n'ont débuté que dans les années 2000 au Canada et au Québec. Elles établissent toutes un lien direct entre l'absence de collaboration sous-jacente au caractère conflictuel prédominant de cette industrie et son manque de productivité et d'innovation.

C'est d'ailleurs sensiblement le même retard que l'on observe dans l'implantation de modes de PRD dans l'industrie de la construction. Ce n'est que maintenant que le gouvernement du Québec étudie l'opportunité de les inclure dans ses contrats de construction alors qu'ils sont implantés avec succès aux États-Unis depuis vingt ans.

Bien que ce retard dans l'évolution des PRD en matières civiles et commerciales au Québec ne soit pas propre au seul domaine de la construction, il peut s'expliquer par le fait que depuis les années 1980, l'industrie de la construction a connu des cycles économiques irréguliers et qu'elle n'a véritablement commencé à se relever que depuis les dix dernières années. En effet, les dépenses annuelles d'immobilisations en construction ont doublé de 16 à 23 milliards de dollars, depuis 1997.⁶⁵

Alors qu'en période économique difficile les conflits de construction augmentent et la nécessité des PRD est encore plus évidente, les acteurs sont souvent trop préoccupés par leur propre survie pour initier les changements structurels et de culture qu'impliquent les

⁶⁵ Source : *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec

PRD. Lorsqu'au contraire les conditions du marché sont telles qu'il y a plus de travaux à réaliser que d'entrepreneurs pour satisfaire la demande, ceux-ci sont en meilleure position pour négocier et imposer des conditions de règlement des différends plus efficaces dans leurs contrats. La recherche actuelle du gouvernement québécois de moyens plus efficaces de règlement des différends n'est sûrement pas étrangère aux annonces d'investissements obligatoires massifs (65 milliards) dans ses infrastructures, pour les prochaines années.

À ces facteurs conjoncturels propres à l'industrie de la construction, s'est rajouté le manque de leadership du gouvernement qui, comme acheteur principal de services de construction, a négligé de prévoir des systèmes efficaces de règlement de différends dans sa réglementation relative aux contrats de construction publics. L'histoire du développement de ces PRD, ailleurs, révèle à quel point ce sont les différents paliers de gouvernement qui en ont été les principaux instigateurs, d'abord en tant que donneurs d'ouvrages mais aussi comme autorités de régulation.

Il aura fallu, durant les dernières années, plusieurs scandales médiatisés d'importants dépassements de coûts sur des projets d'infrastructures suivis par des rapports accablants du Vérificateur général du Québec pour amener le gouvernement à revoir en profondeur son cadre de gouvernance dans la gestion des projets publics. D'où la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics* de 2006 et le projet de *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics* ainsi que le projet de *Loi favorisant la gestion rigoureuse des infrastructures publiques et des grands projets* de 2007. Voici d'ailleurs comment se lisent les notes explicatives du projet de loi no. 32 :

« Ce projet de loi a pour objectif de s'assurer que les investissements de l'État dans les infrastructures publiques soient faits conformément aux meilleures pratiques de gestion et de manière transparente.....Le projet de loi a aussi pour objectif de favoriser une planification et un suivi rigoureux de grands projets d'infrastructures afin de diminuer les risques de dépassement de coût et de retard dans leur réalisation. Pour ce faire, il met en place un cadre de gouvernance qui instaure des mécanismes de contrôle et exige un examen de la qualité du projet fait de façon indépendante ».

En « favorisant une planification et un suivi rigoureux » de ses projets, le gouvernement cherche à régler, à leur source, les causes principales des conflits sur les chantiers de construction que sont les changements émis en cours d'exécution des travaux. C'est une approche proactive par opposition à celle traditionnelle de réaction.

C'est précisément à cause de ce manque fréquent de planification et de suivi des projets que les gestionnaires des donneurs d'ouvrage publics n'ont pas la capacité d'obtenir les autorisations budgétaires requises pour s'engager dans des processus de règlement des différends « en temps réel » durant les travaux et qu'ils repoussent leur résolution à la fin du projet.

En visant un meilleur contrôle des coûts du projet, les donneurs d'ouvrage peuvent maintenant envisager la possibilité d'introduire des processus de PRD pendant l'exécution des travaux, d'où le projet de règlement que considère le Secrétariat du conseil du trésor québécois, à cet effet.

En d'autres termes, le succès de l'implantation des PRD sur un projet de construction est intimement lié à la capacité du donneur d'ouvrage de bien le planifier et le gérer.

Finalement, même si en matière de règlement extrajudiciaire des différends reliés aux travaux de construction, nous en sommes encore aux premiers balbutiements, je suis d'accord avec l'optimisme de mon directeur d'essai, le professeur Louis Marquis, lorsqu'il écrivait ces lignes, tout récemment, à propos de la justice participative au Québec⁶⁶ :

« Toute cette effervescence ne connaît pas de frontières. Certes, des pays sont plus avancés que d'autres. Mais dans la mesure où deux conditions gagnantes sont satisfaites, le mouvement paraît irrésistible sur le plan mondial.....

Globalement, on se retrouve donc en face d'une justice participative dont le rayonnement est vraiment international, ce qui augmente à la fois sa capacité d'influence et ses possibilités de développement.....

Personnellement, j'aurais préféré que les choses avancent plus rapidement, que nous connaissions présentement une situation qui place la justice participative en meilleure posture. Pa là, je ne veux pas dire que son bilan est mitigé; il aurait simplement pu être plus positif. Car c'est cela qu'il faut retenir. Il y a eu progrès, des acquis importants existent, et les conditions ambiantes convergent toutes vers des perspectives tout à fait intéressantes pour l'évolution de la justice participative. ».

⁶⁶ *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5 numéro 2, Éditions Yvon Blais, printemps 2007

BIBLIOGRAPHIE

- *The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution*, American Arbitration Association, 2004, (www.adr.org)
- *A New Look at DRBs, AAA Offers New DRB Roster and Protocol*, Robert J. Smith and Robert A. Rubin, 2004 American Arbitration Association
- *American Arbitration Association Dispute Resolution Board Guide Specifications, Effective December 1, 2000*, 2004 American Arbitration Association
- *Building Success for the 21st Century, A Guide to Partnering in the Construction Industry*, Report of the Dispute Avoidance and Resolution Task Force (DART) of the American Arbitration Association 1996
- *Manuel relatif au règlement des conflits*, Service de règlement des différends (SRD), Ministère de la Justice du Canada, 29 novembre 2005 (www.justice.gc.ca)
- *Guide de l'ADR de la CCI*, Chambre de commerce internationale 2001, N° CCI : publication 809
- *Règlement relatif aux Dispute Boards*, Chambre de commerce internationale 2004, N° CCI : publication 829
- *Règlement d'expertise*, Centre international d'expertise, Chambre de commerce internationale 2002, N° CCI : publication 649
- *Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*, Dispute Resolution Board Foundation, revised January 2007 (www.drbbf.org)
- *FIDIC's Four new Standard Forms of Contract, Claims, Resolution of Disputes and the DAB*, Christopher R. Seppala, 1999 FIDIC (www.fidic.org)
- *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer*, Multilateral Development Bank Harmonised Edition, May 2005 FIDIC
- *Vers l'avenir. Une nouvelle forme de résolution des conflits: la prévention par le "partnering"*, Nicole Guay, Médiation et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits : Aspects nationaux et internationaux, Association Henri-Capitant, Éditions Yvon Blais 1997
- *Construction Dispute Resolution Handbook*, Robert Silver, Gary T. Furlong, Lexis Nexis Butterworths, October 2004
- *Faciliter le processus de résolution des conflits de construction*, Bill Gillan, Le Bulletin Revay, Volume 23, Numéro 1, Mars 2004
- *Politique sur les marchés*, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, modifiée au 7 septembre 2006
- *Guide pratique de la médiation*, de Kovachich, Clavier, Esposito, Renaud, Carswell, 1997
- *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Kott, Roy, Wison & Lafleur, 1998
- *Les contrats de construction en droit public et privé*, Rousseau-Houle, Wilson & Lafleur, 1982
- *Dispute Resolution and Conflict Management in Construction- an International Review*, Peter Fenn, Michael O'Shea and Edwards Davies, E&FN Spon, 1998
- *Introduction to Construction Dispute Resolution*, Feniosky Pena-Mora, Carlos E.Sousa, D.Seen McCone, Massachusetts Institute of Technology, Prentice Hall, 2003

- *Systèmes de gestion de conflits*, Jean Poitras, André Ladouceur, Éditions Yvon Blais, 2004
- *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction*, Comité canadien des documents de construction, 2005
- *L'industrie de la construction en 2006*, Commission de la construction du Québec
- *Bâtir et Innover, Tendances et Défis dans le secteur du bâtiment*, Conseil de la science et de la technologie, Gouvernement du Québec, mars 2003
- *Étude prospective de l'industrie de la construction*, Rapport présenté à l'Association de la construction du Québec, Secor, août 2000
- *L'innovation dans l'industrie du bâtiment au Québec en 2004*, Rapport de recherche présenté au CÉRACQ, Guy Rodrigue, Origène Corriveau, Altitude Groupe conseil, 8 septembre 2004
- *La gouvernance des grands projets d'infrastructure publique, Analyse des grands projets réalisés au Québec*, Document présenté au Secrétariat du Conseil du trésor par CIRANO, Chebil, Castonguay, Miller, mai 2006
- *Creating Long-Term Success Through Expanded « Partnering »*, Clay, Mac Naughton, Farnan, Dispute Resolution Journal, February/April 2004
- *The integrated project team, Achieving Excellence in Construction Procurement Guide*, UK Office of Government Commerce, 2003
- *L'Alliance : une nouvelle conception de la stratégie contractuelle*, Suzanne England, Le Bulletin Revay, volume 26, numéro 2, octobre 2007
- *Une solution aux conflits relies aux travaux de construction*, Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ), 26 janvier 2004
- *A model for proactive mediation of construction disputes*, Francis T. Hartman, George F. Jergeas, Canadian Journal of Civil Engineering, 1995
- *Systèmes de gestion de conflits*, Jean Poitras, André Ladouceur, Éditions Yvon Blais, 2004
- *Guide de l'utilisateur pour l'arbitrage de griefs*, Construction Umbrella Bodies Adjudication Task Group, Londres, avril 2003
- *Mediation in the construction industry – A Companion Study Guide to Finding Common ground: A Field Guide to Mediation*, DPIC Companies
- *Dynamisme, justice participative et droit québécois*, Louis Marquis, Revue de prévention et de règlement des différends, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, volume 5 numéro 2, Éditions Yvon Blais, printemps 2007
- *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Commission du droit du Canada, 2003
- *Procédure judiciaire : l'option de retrait*, Geza Banfai, le Bulletin Revay, volume 23, numéro 2, Revay et Associés limitée, septembre 2004
- *Gestion préventive des risques et conflits dans le secteur de la construction : point de vue d'un avocat spécialisé*, Ron Jutras, Le Bulletin Revay, volume 21, numéro 1, Revay et Associés limitée, février 2002